





Jherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Fünfzehnter Band.

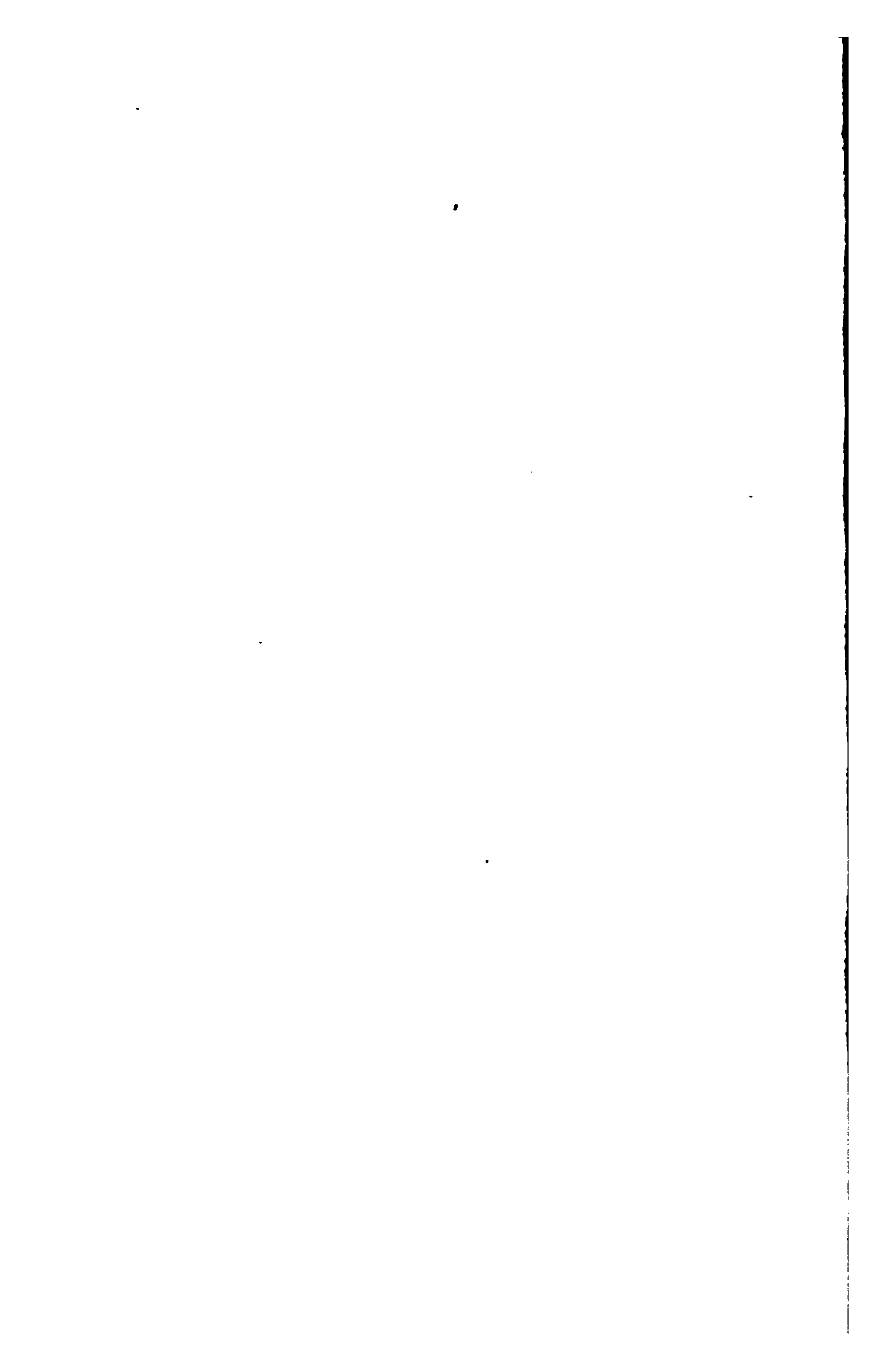
51. Band von „Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1907.

Inhalt.

Seite



Jherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Fünfzehnter Band.

51. Band von „Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".

Erstes und zweites Heft.



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1907.



Inhalt.

I.

Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen[1]).

Von Prof. Dr. W. von Blume in Halle a. S.

Dem in Bd. 58 der Entscheidungen unter Nr. 103 mitgeteilten Urteile des Reichsgerichts lag in Kürze folgender Tatbestand zu Grunde:

A schreibt dem B: „Für Ihre Hypothek biete ich Ihnen 7000 M. An dies Gebot halte ich mich bis Mittwoch den 9. abends gebunden." B sendet sofort brieflich Annahmeerklärung; A wird aber am 9. vom Postboten nicht zu Hause angetroffen, dieser kann ihm den Brief nicht bebehändigen; als A am 10. den Brief nicht erhält, schreibt er sofort an B, er sei an die Offerte nicht mehr gebunden.

B war der Ansicht, daß der von A eingeleitete Vertrag dennoch zu stande gekommen sei, erhob Klage auf Erfüllung, und das Reichsgericht hat ihm Recht gegeben.

Das Reichsgericht hat damit zu einer Frage Stellung genommen, die in der Literatur schon lebhaft erörtert worden

1) Die folgenden Ausführungen geben den Inhalt eines Vortrages wieder, der im Januar 1906 im juristischen Verein zu Halle a. S. gehalten worden ist. Sie sind mit Rücksicht auf den Aufsatz von J. Breit in den Bl. f RA. 71 Nr. 2 ergänzt worden. Dort findet sich auch eine Uebersicht über die Literatur der Frage.

war, als sie an den höchsten Gerichtshof herantrat. Das Ergebnis des reichsgerichtlichen Urteils ist bemerkenswert, mehr noch seine Begründung. Und zwar deshalb, weil das Reichsgericht versucht hat, einen im BGB. nicht ausgesprochenen Rechtssatz zu gewinnen.

Es ist in neuerer Zeit über die Methode der Gesetzesauslegung mancherlei geschrieben worden — Gutes und minder Gutes. Jedenfalls: noch lange nicht genug. Daß wir uns über die Stellung des Richters zum Gesetze und über die Handhabung des Gesetzes endlich einmal klar werden müssen, das zeigen auch Entscheidungen wie die vorliegende. Das zeigt nicht minder die Literatur der in unserer Entscheidung behandelten Frage.

Unter diesem Gesichtspunkte soll die rechtliche Bedeutung der Vereitelung des Zugehens von Willenserklärungen hier behandelt werden.

„Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist", sagt § 130 BGB., „wird wirksam, wenn sie dem anderen zugegangen ist."

Hieraus ergibt sich für den ersten Blick, daß, wenn die Erklärung dem anderen nicht rechtzeitig zugegangen ist, sie nicht rechtzeitig wirksam wird — also, wenn es sich um eine Annahmeerklärung handelt, der Vertrag nicht zu stande kommt. Daß hieraus dem Urheber der Erklärung, der darauf vertraut, seine Erklärung werde wirksam werden, ein Schaden entstehen kann, liegt auf der Hand. Und, wenn die Ursache der Verspätung des Zugehens in dem Verhalten des Adressaten gefunden wird, so drängt sich der Gedanke auf, ob nicht der Schaden von dem getragen werden muß, der ihn verursacht hat.

Nun ist dies eine unstreitig, daß die Verhinderung des Zugehens der Erklärung unter den § 826 fallen kann und dann

auf Grund dieser Bestimmung Schadensersatz zu leisten ist. Aber dieser Fall wird selten gegeben sein.

Doch kommt noch eine andere Möglichkeit in Betracht; denn es handelt sich um einen Schaden, der durch Rechtshandlungen verursacht wird, durch Handlungen, die ihre Wirkung vom Rechte erhalten, also um einen Schaden, der von Rechts wegen entsteht. Ein anderes Beispiel dafür bieten die Bestimmungen der §§ 119 fg.: Wer eine Erklärung abgibt, muß sie gelten lassen, auch wenn er sich geirrt hat — der Rechtssatz, der ihn an die Erklärung bindet, bringt ihn zu Schaden. Aber das Recht korrigiert sich selber, indem es für besondere Fälle ein Anfechtungsrecht gibt: der Ausnahmesatz des § 119 hebt die schädliche Wirkung des Regelsatzes wieder auf. Und nunmehr erst tritt das Entschädigungsrecht ein: wenn aus besonderen Gründen, nämlich wegen des schuldhaften Verhaltens des einen Teils, die Wirkung des Ausnahmesatzes unbillig wird, so schafft der Entschädigungsanspruch des § 122 den Ausgleich.

Sollte — das ist der Gedanke, der alle Arbeiten über unser Problem, der auch die Reichsgerichtsentscheidung beherrscht — sollte nicht auch der § 130 durch einen zweiten Ausnahmerechtssatz einzuschränken sein, so daß unbillige Wirkungen des Regelsatzes vermieden werden, das Entschädigungsrecht also gar nicht in Frage gezogen zu werden braucht?

Vermeidung von Folgerungen aus dem Gesetze, die der Billigkeit zu widersprechen scheinen — das ist das Leitmotiv der Erörterungen gewesen.

Doch hätte dabei nicht außer Acht gelassen werden dürfen, daß es sich um geltendes Recht handelt. Wir können uns nicht davon entbinden, den anzuwendenden Rechtssatz als vorhanden nachzuweisen. Solange dem deutschen Richter prätorische Gewalt nicht verliehen ist, so lange kann nicht zum

Nachweise des Daseins eines Rechtssatzes die Behauptung genügen, daß „die Billigkeit ihn fordert".

Der Gefahr, durch das Billigkeitsgefühl über die Schranken des Rechts hinausgerissen zu werden, ist sogleich derjenige Schriftsteller erlegen, dem wir die Entdeckung unseres Problems verdanken: Habicht[1]). Im Eingange seiner Ausführungen regt er die analoge Anwendung des § 162 an — ein Gedanke, auf den nachher noch genauer einzugehen sein wird. Die Möglichkeit, mit Hilfe von § 162 vorsätzlicher Vereitelung des Empfanges von Willenserklärungen entgegenzutreten, genügt Habicht nicht. Er möchte in allen Fällen helfen, wo auf Seite des Angesprochenen liegende Umstände den Empfang der Erklärung verhinderten. Die Hilfe aber findet er in der Fiktion, daß die Erklärung empfangen sei — trotz Verhinderung des Empfanges. Und die Begründung?

Mit § 130, der ein Hindernis zu bilden scheint, findet sich Habicht so ab: „§ 130 sagt nicht, daß eine Willenserklärung dem Abwesenden gegenüber nur im Falle des Zugehens wirksam wird, sondern daß sie jedenfalls dann wirksam wird." Wann sie sonst noch wirksam werden kann, ob sie also nicht schon bei der Abgabe wirksam wird, „das haben Wissenschaft und Rechtsprechung festzustellen". Aber: Wie? Darüber äußert sich Habicht nur im Hinblick auf den Fall der Verhinderung des Zugehens der Erklärung[2]). „Der entscheidende Gesichtspunkt", sagt er, „ist der, daß es durch nichts zu rechtfertigen wäre, den Gegner ein ihm eingeräumtes Recht darum einbüßen zu lassen, weil auf Seiten des Adressaten Umstände vorgelegen haben, die die Erklärung über die Ausübung des

---

1) DJZ. 1901 S. 265 fg.

2) Gegen die Auslegung, die Habicht dem § 130 gibt, vergl. Hölder in der DJZ. 1901 S. 341 fg.

Rechts zu dem bestimmten Zeitpunkt verhinderten." Die Frage, ob damit die Fiktion des Zugehens der Erklärung gerechtfertigt ist, hat Habicht sich gar nicht vorgelegt.

Vor einer solchen Methode der Gesetzesauslegung muß gewarnt werden[1]). So anregend die Gedanken Habichts nach vielen Richtungen sind, wäre es doch höchst bedenklich, wenn die Rechtsprechung ihm folgen wollte.

Vorsichtiger als Habicht verfährt Titze. Er verwertet einen von Habicht beiläufig geäußerten Gedanken und vergleicht die Lage des Erklärenden, dessen Erklärung nicht rechtzeitig an den Angesprochenen gelangen kann, mit der Lage des Schuldners, der an der Bewirkung der geschuldeten Leistung dadurch verhindert ist, daß der Gläubiger sie nicht annimmt. In analoger Anwendung der Bestimmungen über den Gläubigerverzug kommt er (S. 454) zu dem Satze:

„Ist eine befristete Willenserklärung ordnungsgemäß abgegeben, ihr rechtzeitiges Zugehen aber aus Gründen gescheitert, die in der Person des Adressaten liegen, so muß dieser die Willenserklärung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihm erst angemessene Zeit nach Fristablauf zugeht."

Das Ergebnis ist auf den ersten Blick bestechend. Doch bedarf es sehr der Einschränkung.

Ueber die Zulässigkeit der Analogie soll hier nichts gesagt werden; ich will sie als gegeben annehmen[2]). Aber, wer die Analogie verwendet, wird sich über die Methode klar sein müssen, wenn er nicht Fehler begehen will. Mit Hilfe der Analogie einen Rechtssatz suchen, kann meiner Ansicht nach nur heißen: von einem bekannten Satze aus einen allgemeineren

---

1) Vergl. gegen sie auch Titze, in diesen Jahrbüchern 47, 449.

2) Vergl. hierzu Zitelmann, Lücken im Recht 6 fg., und neuestens Elzbacher, Die Unterlassungsklage 90 fg.

Satz, einen Obersatz, suchen, als dessen Anwendung der bekannte Satz zu betrachten ist. Fällt derjenige Tatbestand, für den der Rechtssatz gesucht wird, mit unter den Tatbestand jenes Obersatzes, so ist der angewendete Rechtssatz in diesem Obersatze gegeben. Hierbei wird stets eine Schranke zu beachten sein: man wird den Obersatz nicht so allgemein fassen dürfen, daß er mit positiv gesetztem Recht in Widerspruch gerät. Diese Schranke hat Titze überschritten.

Er will die Bestimmungen über den Gläubigerverzug analog anwenden, d. h. er sucht den allgemeineren Rechtssatz, auf den diese zurückgehen. Er muß zu diesem Zwecke aus dem Tatbestand des Gläubigerverzuges an die Stelle der Erfüllungshandlung einen allgemeineren Begriff setzen und wählt als solchen den der Willenserklärung. An Stelle der „Nichtannahme der angebotenen Leistung" aber setzt er „Unterbleiben des Zugehens der Erklärung aus Gründen, die in der Person des Adressaten liegen".

Beides ist bedenklich. Erfüllungshandlungen sind durchaus nicht immer Willenserklärungen des Schuldners. Wollte man zu Titzes Ergebnis kommen, so müßte man bis zu einem Begriff zurückgehen, der sowohl die Erfüllungshandlungen wie die Willenserklärung deckt, d. h. bis zum Begriff der Handlung.

Was aber die Gründe des Ausbleibens des Erfolges der Handlung betrifft, so verengert Titze in unzulässiger Weise den Begriff der „Nichtannahme der angebotenen Leistung", wenn er lediglich Gründe, die in der Person des Gläubigers liegen, gelten läßt. Denn, es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Gläubiger auch dann in Verzug kommt, wenn er die gekauften Pferde nicht nehmen kann, weil sein Stall abgebrannt ist, oder wenn er nicht rechtzeitig beim Schuldner zur Abholung eintrifft, weil er unterwegs verunglückt ist. Man wird demnach

den Begriff der „Nichtannahme der angebotenen Leistung" nur in der Weise verallgemeinern können, daß man zurückgeht auf den Versuch einer Handlung, der deshalb fehlschlägt, weil die erforderliche (handelnde oder duldende) Beteiligung eines anderen unterbleibt.

Mit dieser Verbesserung des Titzeschen Analogieschlusses würde man zu dem Satze gelangen:

„Ist eine Rechtshandlung, die einem anderen gegenüber innerhalb bestimmter Frist vorzunehmen war, rechtzeitig versucht worden, aber nicht zur Ausführung gelangt, weil die erforderliche Beteiligung des anderen unterblieben ist, so trägt der andere die Gefahr der Verzögerung."

Doch dieser Satz würde viel zu weit gehen. Soll der Hypothekengläubiger, wenn ihm der Schuldner gemäß § 416 angezeigt hat, daß die Schuld von einem Grundstückskäufer übernommen sei, seine Erklärung, daß er die Genehmigung verweigere, noch nach Ablauf der 6 Monate abgeben dürfen, weil der an den Schuldner abgesandte Brief verloren gegangen ist? Soll die verspätete Mahnung nachholbar sein, wenn der Gläubiger trotz seiner Bemühung den Schuldner nicht fand? Vollends, wie ist es dann, wenn der Gläubiger das Seinige tut, um die Sache vom Schuldner abzuholen, aber den Schuldner nicht findet, etwa, weil er einen falschen Weg gewiesen worden ist? Ist hier der Gläubiger in Verzug geraten oder nicht? Gemäß § 295 ist er es; wendet man aber den soeben durch Analogieschluß aus § 293 gewonnenen Satz an, so ist das Ergebnis, daß der Gläubiger nicht in Verzug ist!

Man wird hiernach in der Verallgemeinerung des Tatbestandes des Gläubigerverzuges nicht so weit gehen dürfen wie Titze. Geht man von der Erfüllungshandlung rückwärts zum allgemeineren Begriff, so kommt man zunächst zur Befreiungshandlung. Hierzu würde ich außer der Erfüllungs-

handlung alle diejenigen Handlungen rechnen, durch die ein bestehendes Schuldverhältnis aufgehoben werden soll: Kündigung, Aufrechnung, Rücktritt, Widerruf, Wandlung, Anfechtung 2c. Es würde sich also durch Analogie der Rechtssatz ergeben:

Hängt die Befreiung eines Schuldners davon ab, daß der Gläubiger sich an der Befreiung beteiligt, und hat der Schuldner rechtzeitig das Seinige zur Befreiung getan, der Gläubiger aber unterlassen, sich zu beteiligen, so trägt der Gläubiger nach Maßgabe der §§ 300 fg. die Gefahr der Verzögerung, bis er zur Beteiligung bereit ist.

Was die Formulierung der an den Tatbestand zu knüpfenden Rechtsfolge betrifft, so möchte die von mir gewählte der Titzeschen deshalb vorzuziehen sein, weil die letztere nur eine der an den Gläubigerverzug geknüpften Folgen wiedergibt, während meine Formulierung auch den Fall berücksichtigt, wo die Befreiungshandlung infolge der Verzögerung unmöglich geworden ist.

Der Annahmeverzug des Gläubigers würde hiernach nur ein besonderer Fall des Gläubigerverzuges sein. Die Berücksichtigung dieses Gläubigerverzuges im weiteren Sinne scheint auch mir unumgänglich zu sein. Die Bestimmung des § 293 ist ersichtlich zu eng gefaßt; sie greift eben nur den Hauptfall des Gläubigerverzuges heraus, ohne die gleichgearteten Fälle ausdrücklich zu berücksichtigen. Nach § 293 kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die angebotene Leistung nicht annimmt. Wie nun, wenn der Schuldner sich beim Gläubiger einfindet, aber nicht anbieten kann, weil der Gläubiger nicht da ist? Daß der Gläubiger hier in Verzug kommt, wird kaum jemand bezweifeln. Der Grundgedanke des § 293 sprengt die Form der gesetzlichen Bestimmung. Unter ihr kommt der oben gegebene Rechtssatz zum Vorschein.

Weiter aber dürfen wir nicht gehen. Der von Titze aufgestellte Satz läßt sich nicht rechtfertigen.

Demnach ist in Fällen wie dem unserigen mit der Analogie des Gläubigerverzuges nicht zu helfen. Die Tatsache, daß der Adressat der Annahmeerklärung nicht bereit gewesen ist, sie zu empfangen, genügt allein noch nicht, um die Rechtslage zu Gunsten des Erklärenden zu beeinflussen.

Das kann nicht überraschen. Mit Recht ist schon von anderer Seite[1]) Titze entgegengehalten worden, es sei doch allgemeiner Grundsatz, daß der Absender einer Erklärung die Gefahr ihres Zuganges trägt, und es leuchte nicht ein, warum dieser Grundsatz gerade in den Fällen durchbrochen werden solle, wo der Umstand, der den Zugang verhindert, in der Person des Adressaten liegt. Soll die Gefahr auf diesen übergewälzt werden, so müssen schon besondere Umstände in seiner Person eintreten, die solches rechtfertigen.

Es liegt nahe, in dem Verhalten des Adressaten die Begründung für die Stellungnahme zu Gunsten des Absenders zu suchen. Das rechtswirksame Verhalten ist in aller Regel Willenserklärung oder pflichtwidriges Verhalten. Hier kommt nur pflichtwidriges Verhalten in Frage. Dieses wird in der Regel nur berücksichtigt, wenn es schuldhaft ist. Die Frage wäre also genauer dahin zu stellen: Knüpft sich an die vorsätzliche oder fahrlässige Unterlassung des Empfanges einer Erklärung eine von § 130 abweichende Rechtsfolge?

Für den Fall der vorsätzlichen Verhinderung des Empfanges einer Vertrags-Annahmeerklärung hat Habicht die Antwort im § 162 BGB. finden zu können gemeint. Die

---

1) Breit, a. a. O. 595.

Bestimmung, führt er aus, sei unmittelbar anwendbar, da es sich um die Vereitelung des Eintrittes einer gesetzlichen Bedingung handle. Zum mindesten aber müsse § 162 analoge Anwendung finden.

Daß der erste Teil dieses Gedankenganges unrichtig ist, wird allgemein anerkannt. Der analogen Anwendung des § 162 hat dagegen das Reichsgericht ausdrücklich zugestimmt, und es kann nicht geleugnet werden, daß der Gedanke viel für sich hat. Dennoch muß er verworfen werden.

Zwar kann man ihn nicht, wie David[1]) es möchte, mit der Bemerkung abtun, daß es sich um eine Sondervorschrift handle, die eine ausdehnende Anwendung nicht zulasse. Und auch die Bemerkungen von Breit[2]) treffen wohl nicht den Kern der Sache. Vielmehr ist die entscheidende Erwägung diese:

Zwischen dem Tatbestande des § 162 und demjenigen Tatbestande, der den Ausgangspunkt unserer Erörterung bildete, besteht allerdings eine Verwandtschaft. Und zwar insofern, als in beiden Fällen der Eintritt eines Ereignisses, von dem die Wirkung einer Erklärung abhängt, durch einen Beteiligten vorsätzlich und widerrechtlich verhindert wird. Eine Formel, die den beiden Fällen gemeinschaftlichen Tatbestand noch enger umschreibt, läßt sich nicht finden. Der für die Analogie verwendbare Obersatz müßte also für diesen Tatbestand die Rechtsfolge vorschreiben, daß das Ereignis, dessen Eintritt verhindert wurde, als eingetreten anzusehen sei.

Indessen läßt sich ein Rechtssatz so allgemeinen Inhaltes schlechterdings nicht vertreten und hat auch von Habicht nicht vertreten werden sollen. Habicht hat sich damit be-

---

1) Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Erklärung, GruchotsBeitr. 46, 232 fg.

2) Breit, a. a. O. 589 fg., insbesondere 593, 594.

gnügt, die Aehnlichkeit zweier Tatbestände festzustellen und daraufhin einen Analogieschluß zu ziehen, ohne den für beide Tatbestände zutreffenden Obersatz aufzusuchen — ein Verfahren, das unmethodisch und gefährlich ist. Aus dem erwähnten Grunde läßt sich ebensowenig wie der § 162 der diesem eng verwandte § 815 BGB. zur Erledigung unseres Falles verwerten. Dagegen bietet — was Habicht entgangen ist — im Abs. 2 des § 530 BGB. sich eine Bestimmung dar, die erheblich besser geeignet ist, auf den Fall der vorsätzlichen Verhinderung des Zugehens einer Erklärung analog angewendet zu werden.

Das Widerrufsrecht des Schenkers, das sich aus § 530 ergibt, erlischt regelmäßig mit dem Tode des Schenkers. Ist aber ein Schenker, der widerrufsberechtigt war, durch den Beschenkten vorsätzlich und widerrechtlich am Widerrufe gehindert worden, so steht den Erben des Schenkers das Widerrufsrecht zu.

Hier regelt das Gesetzbuch einen Fall, wo die rechtzeitige Abgabe einer Erklärung durch den, zu dessen Nachteil sie gereichen würde, vorsätzlich und widerrechtlich verhindert wird. Und zwar trifft es seine Bestimmung dahin, daß die Erklärung nachgeholt werden kann — nicht etwa läßt es die verhinderte Erklärung als geschehen gelten. Die Frage ist nun, ob diese Bestimmung als Ausnahme zu betrachten ist, oder ob sie auf jeden Fall der vorsätzlichen widerrechtlichen Verhinderung einer Willenserklärung entsprechend angewendet werden kann.

Die Entscheidung hängt davon ab, ob besondere Gründe es rechtfertigen, daß das Gesetz gerade in dem Falle des § 530 ein besonderes Mittel zur Bekämpfung des Unrechtes verwendet hat, oder ob nicht vielmehr der Bestimmung des § 530 ein Gedanke von allgemeinerer Bedeutung zu Grunde liegt. Das letztere muß meiner Meinung nach angenommen werden.

Will das Gesetz widerrechtlich herbeigeführte Vermögensverschiebungen beseitigen, so verwendet es als allgemein brauchbares Mittel die Verpflichtung zum Schadensersatz. Hat jemand vorsätzlich und widerrechtlich einem anderen Schaden zugefügt, so haftet er gemäß § 826. Für eine Gruppe von Fällen hat es aber noch ein besonderes Mittel bereit. Die schwierige und in neuerer Zeit mehrfach erörterte Frage, wie die Bestimmungen über den Schadensersatz sich zu diesen besonderen Bestimmungen verhalten, soll hier unerörtert bleiben. Es genügt für uns die Hervorhebung einer Gruppe von Sonderbestimmungen.

Ist jemand widerrechtlich durch Täuschung oder Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden, so wird der Tatbestand des § 826 vorliegen. Der durch seine Erklärung Gebundene könnte danach Schadensersatz fordern. Aber das Gesetz hilft ihm noch auf andere Weise: es gestattet ihm, die Erklärung anzufechten und damit ihre Rechtswirkung wieder zu beseitigen. Der Grund ist leicht zu sehen und schon im Eingange der Abhandlung angedeutet worden: das Gesetz ist hier nicht auf die Zubilligung von Schadensersatz beschränkt, sondern kann dem Schaden vorbeugen, weil es selbst die Rechtswirkungen festsetzt. Es kann dem Unrecht entgegentreten, indem es dem Verletzten die Möglichkeit gibt, selbst die Unrechtsfolgen zu beseitigen.

Durchaus auf einer Linie damit steht die Bestimmung des § 2339 Nr. 2. Hat der Erbe den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich verhindert, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben, so kann der Nächstbeteiligte den Erbschaftserwerb anfechten. Nur darin unterscheidet sich dieser Fall von dem des § 123, daß hier nicht eine Willenserklärung widerrechtlich herbeigeführt, sondern widerrechtlich verhindert worden ist. Das vom Gesetze gewählte Mittel zur Bekämpfung des Unrechts ist das gleiche: Beseitigung der Wirkung des

rechtswidrigen Verhaltens durch eine Erklärung des Benachteiligten.

Hier gliedert sich nun die Bestimmung des § 530 an. Zwar wird hier nicht ein Anfechtungsrecht gewährt — was sollte dann auch angefochten werden! —; aber derselbe Erfolg wie in § 2339 Nr. 2 wird vom Gesetz erreicht, indem es dem Benachteiligten gestattet, die verhinderte Erklärung nachzuholen.

Sollten diese Bestimmungen in keinerlei innerem Zusammenhange stehen? Das würde doch wohl einen Gesetzgeber voraussetzen, der sich über die Tragweite seiner Bestimmungen völlig im Unklaren ist. Besteht aber ein Zusammenhang, so muß er sich auch in einem Rechtssatze ausprägen lassen, und dieser würde lauten:

> Ist jemand von einem anderen vorsätzlich und widerrechtlich zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt oder an der Abgabe einer solchen verhindert worden, so kann er dem anderen gegenüber die Wirkungen der Erklärung oder ihrer Unterlassung durch Anfechtung oder durch Nachholung der Erklärung beseitigen.

Zweierlei ist hierbei zu beachten. Erstens: Nur das vorsätzliche, rechtswidrige Verhalten wird auf diese Weise vom Gesetz bekämpft. Das ist vom Standpunkt des Gesetzes aus geradezu selbstverständlich; denn nur der Tatbestand der vorsätzlichen, rechtswidrigen Schädigung wird durch eine allgemeine Bestimmung des Entschädigungsrechts, § 826, geregelt, während die fahrlässige Schädigung nur in Sonderfällen zum Ersatze verpflichtet. Zweitens: Eine Beseitigung der Wirkungen des rechtswidrigen Verhaltens kann dem Benachteiligten regelmäßig nur dann ermöglicht werden, wenn die Wirkungen sich auf den Urheber des Unrechts beschränken; die Bestimmung des § 123 Abs. 2 ist eine aus besonderen Gründen zu rechtfertigende Anomalie. Daher kann allerdings, wie Breit (S. 594) richtig

bemerkt, der Erbe, der von einem Erbschaftsgläubiger an der Ausschlagung der Erbschaft gehindert worden ist, den Erbschaftserwerb nicht anfechten. Aber das trifft meine Beweisführung nicht.

Das Ergebnis in Hinsicht des zum Ausgangspunkt genommenen Rechtsfalles ist mithin: Für den Antragsempfänger beginnt eine neue Frist zur Annahmeerklärung zu laufen, wenn er an der Abgabe der Erklärung durch den Antragsteller vorsätzlich und rechtswidrig gehindert worden ist. Daß dies Ergebnis „praktikabler" ist als das von Habicht auf Grund von § 162 BGB. erzielte, wird nicht zu bestreiten sein. Mit Hilfe der Fiktion wird zweckmäßig vom Gesetzgeber nur in solchen Fällen geholfen, wo der Beteiligte, dem geholfen werden soll, die zur Erfüllung eines gesetzlichen Testamentes fehlende Tatsache nicht selbst beschaffen kann, so im Falle des § 162 und in dem noch zu besprechenden Falle des § 149. Im übrigen bedarf es hier wohl nicht der Erinnerung, daß die Fiktion nichts als ein Kunstgriff ist, der es dem Gesetzgeber ermöglicht, zwei Tatbestände, die sich nur teilweise decken, unter eine Regel zu bringen.

Durchaus anders als die vorsätzliche ist die fahrlässige Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen zu beurteilen.

Vorweg muß folgendes klargestellt werden. Das fahrlässige Verhalten ist eine Art des pflichtwidrigen Verhaltens. Es ist pflichtwidrig jedenfalls in dem Sinne — mag man im übrigen über den Begriff der Fahrlässigkeit denken, wie man will — daß es von einer im Gesetze aufgestellten Norm abweicht. Würde nun das Gesetz eine allgemeine Pflicht zur Sorgfalt anerkennen, so würde allerdings eine jede „Außerachtlassung" dieser Sorgfalt schon eine Pflichtwidrigkeit sein. Aber das Gesetz fordert Sorgfalt nur in Verbindung mit einer

bestimmten Aufgabe, die es stellt. Es richtet eine Forderung an das äußere Verhalten des einzelnen und knüpft daran die Pflicht, das äußere Verhalten sorgfältig einzurichten. Es fordert sorgfältiges Handeln und Unterlassen.

Es ist daher fehlerhaft, von einem „Verschulden", einer „Fahrlässigkeit" schlechthin zu sprechen, ohne zugleich zu sagen, welche Aufgabe der Sorgfalt des Beschuldigten gestellt war. Das Gesetz allerdings begeht diesen Fehler an verschiedenen Stellen, so in § 254 und in § 989, und das Reichsgericht wiederholt ihn in der hier zur Erörterung gestellten Entscheidung (a. a. O. S. 409). Das darf uns aber nicht abhalten, die Untersuchung über die Folgen fahrlässiger Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen mit der Frage zu beginnen, ob und unter welchen Voraussetzungen denn das Gesetz vom Adressaten einer Willenserklärung verlange, daß er sie in Empfang nehme.

Man wird unbedenklich mit Titze sagen dürfen, daß es eine allgemeine Pflicht zum Empfang von Willenserklärungen nicht gibt. Eine solche Pflicht kann öffentlich-rechtlich begründet sein. Sie kann sich aber auch aus einem besonderen zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisse ergeben. Endemann (Bd. 1 § 66 Anm. 23; vergl. auch Dernburg § 132 Anm. 21; Crome 1, 394) will eine Pflicht, für Kündigungen, Mahnungen u. dergl. Erklärungen bereit zu stehen, allgemein anerkannt wissen. Eine andere Begründung als die Berufung auf „Treu und Glauben" hat er für diese Ansicht nicht gegeben — sie dürfte auch schwerlich zu finden sein. So wenig der Gläubiger verpflichtet ist, die Leistung anzunehmen, so wenig ist er verpflichtet, sich kündigen zu lassen. Denkbar wäre es aber, eine Bereitschaftspflicht herzuleiten aus dem Vertragsantrage. An seinen Antrag ist nach § 145 der Antragsteller „gebunden". Heißt das: er ist verpflichtet, die Annahmeerklärung in Empfang zu nehmen?

„Gebundenheit“ des Antragstellers — das bedeutet, daß der wirksam gestellte Antrag, solange er von Rechts wegen besteht, nicht widerrufen werden kann. Indem das Gesetzbuch diese Gebundenheit verordnete, trug es einer alten Forderung der gemeinrechtlichen Literatur und dem Rechtszustande im Bereiche des ALR. (I 5 §§ 70—103) und des HGB. (Art. 319) Rechnung. Der Antragsempfänger sollte darauf vertrauen können, daß mit seiner Annahmeerklärung der Vertrag zu stande kommen werde. Diese „Gebundenheit“ bedeutet keine „Verpflichtung“ zu einer Leistung. Sie gewährt dem Empfänger des Antrags kein Forderungsrecht, sondern eine Möglichkeit des Rechtserwerbes, ein Gestaltungsrecht. Und zwar in den meisten Fällen so, daß er das Forderungsrecht nur begründen kann, indem er sich durch seine Annahmeerklärung zugleich verpflichtet. Gemeinrechtlich hatte man wohl dem Antragsempfänger helfen wollen, indem man an den Antrag eine Garantiepflicht knüpfte: widerrief der Antragsteller vorzeitig, so sollte er dem anderen den durch die Enttäuschnng bereiteten Schaden ersetzen. Aber damit war dem Antragsempfänger wenig gedient. Denn, wie die Motive (S. 166) richtig bemerken; kommt es für den Verkehr darauf an, daß aus dem Antrage sich eine klare Rechtslage ergebe, während die Verweisung auf den Schadensersatz lähmend wirkt. Aus § 145 BGB. eine Pflicht für den Antragsteller herzuleiten, ist demnach unmöglich.

Aber das Gesetz knüpft auch eine Pflicht an den Antrag, und zwar in § 149: Ist eine rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung infolge ungewöhnlicher Umstände verspätet angelangt, der Vertrag also nicht zu stande gekommen, so hat der Antragsteller dem Annehmenden dies unverzüglich mitzuteilen. Die vom Gesetze hier an die Pflichtverletzung geknüpfte Folge darf ein besonderes Interesse für sich in Anspruch nehmen. Denn auch in diesem Falle sorgt das Gesetz nicht für Ersatz des ein-

getretenen Schadens, sondern dafür, daß ein Schaden überhaupt nicht eintrete; es fingiert rechtzeitigen Empfang der Annahmeerklärung. Es verfährt ebenso wie in den Fällen der §§ 162, 815 ꝛc.; nur, daß in § 149 die fahrlässige Pflichtverletzung genügt, um die erwähnte Rechtsfolge auszulösen.

Man beachte aber, daß § 149 nur eine Anzeigepflicht für den Antragsteller ausspricht. Kein Wort davon, daß er verpflichtet sei, das Seinige zu tun, damit ihm die Antwort rechtzeitig zugehen könne. Im Gegenteil: § 149 geht davon aus, daß der Vertrag nicht zu stande komme, wenn ungewöhnliche Umstände, gleichviel welcher Art, den rechtzeitigen Zugang der Annahmeerklärung verhindert haben. Hätte man nicht, sofern solches überhaupt dem Grundgedanken des Gesetzes entsprach, hier die Erwähnung der Bereitschaftspflicht des Antragstellers erwarten sollen?

Aber, ich will das argumentum e contrario nicht zu hoch einschätzen. Entscheidend ist für mich dieses: Gebundenheit und Verpflichtung des Antragstellers sind nicht selbstverständliche Rechtswirkungen seines Verhaltens. Sie können nicht auf seinen „Willen" zurückgeführt werden. Denn sie sind durchaus einseitige Wirkungen eines Verhaltens, das auf zweiseitige Wirkungen angelegt ist. Die Ausgleichung für diesen Nachteil findet der Antragsteller nicht in seinem Verhältnis zum Antragsempfänger. Dort ist der rechtfertigende Grund seiner Gebundenheit nicht zu suchen. Sondern die Ausgleichung findet statt im Gesamtverkehr, an dem auch der Antragsteller beteiligt ist. Anders ausgedrückt: um der Verkehrssicherheit willen muß der Antragsteller die Gebundenheit sich gefallen lassen, nicht aber als gerechte Wirkung des besonderen Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Antragsempfänger.

Daraus ergibt sich, daß man nicht leichtherzig neue Rechtsnachteile den im Gesetze verordneten hinzufügen darf. Vor

allem ergibt sich, daß mit „Treu und Glauben“ hier nicht operiert werden darf — es sei denn, daß in den sog. „Grundsätzen von Treu und Glauben“ der Richter einen Freibrief erhalten hätte, das für Recht zu erklären, was ihm billig dünkt. Es handelt sich nicht um die Auslegung einer Willenserklärung (§ 157). Es handelt sich auch nicht um die gerechte Abwägung von Recht und Pflicht in einem bestehenden Rechtsverhältnis (§ 242). Sondern es handelt sich um die Frage, ob das Allgemeininteresse der Verkehrssicherheit über das Einzelinteresse des Antragstellers zu stellen ist. Ueber diese Frage entscheidet das Gesetz, nicht „der Grundsatz von Treu und Glauben“. Da aber das Gesetz die Frage nicht ausdrücklich beantwortet hat, so hat es sie stillschweigend verneint.

Einen ganz eigenartigen Weg zu dem ersehnten Ziele: Ueberwälzung der Gefahr der versäumten Annahme auf den Adressaten der Erklärung, glaubt J. Breit (a. a. O. S. 595) gefunden zu haben. Er verwendet die in neuerer Zeit mehrfach untersuchte Kategorie der „Kann-Rechte“ (Rechte des rechtlichen Könnens“, „Gestaltungsrechte“) und folgert so: Wer seinem Gläubiger die Tür vor der Nase zuschlägt, um die Kündigung des Darlehens nicht anhören zu müssen, wer nicht dafür sorgt, daß eingeschriebene Briefe ihm zugehen können, wer sich aus Vergeßlichkeit nicht an dem Orte vorfindet, an dem er sich zur Annahme eines Briefes bereit erklärt hat, verletzt schuldhaft fremde „Kann-Rechte“ und ist nach § 823 BGB. dafür haftbar.

Die Kategorie der „Kann-Rechte“ in allen Ehren — aber daß sie diese Verwendung finden würde, haben sich ihre geistigen Väter sicher nicht träumen lassen!

Zu dem Begriff des Kann-Rechts hat die Beobachtung geführt, daß außer den von der Rechtsordnung gewährleisteten

Möglichkeiten des Erwerbs und Genusses von Lebensgütern, die man gemeinhin „Rechte" nennt, für die systematische Betrachtung noch andere rechtlich gesicherte Möglichkeiten in Betracht kämen: die verschiedenen Möglichkeiten, Rechtsbeziehungen eines anderen durch einseitige Erklärung an diesen anderen zu begründen oder aufzuheben [1]). Aber man war sich bei der Aufstellung dieses Begriffes durchaus klar darüber, daß der Oberbegriff des „Rechts im subjektiven Sinne" selbst noch problematisch ist und vor einer endgültigen Bestimmung des Kann-Rechts eine Einigung über den Begriff des Rechts stattfinden muß.

Wer nun vollends den Satz aufstellt, daß jedes „Kann-Recht" auch ein Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 sei, der darf sich nicht damit begnügen, zur Begründung zu bemerken, daß nicht der geringste Grund vorhanden sei, die Kann-Rechte aus dem Kreise der durch § 823 geschützten Rechte auszuschließen [2]). Hätte Breit diese Frage etwas eingehender geprüft, so würde er sofort gesehen haben, daß die Kann-Rechte durch § 823 nicht geschützt sind.

Kann-Recht, Gestaltungsrecht nennt man, wie aus dem oben Gesagten hervorgeht, das Recht, eines anderen Rechtsbeziehungen durch Willenserklärung zu gestalten. Damit ergibt sich ohne weiteres, daß es sich um ein Recht gegenüber einer bestimmten Person, ein sogenanntes „relatives Recht" handelt. Mit gutem Grunde nimmt aber die in Theorie und Praxis herrschende Meinung an, daß der Abs. 1 des § 823 sich nur auf absolute Rechte beziehe. Breit, der dem Ausschluß der Forderungsrechte nicht widersprechen will, hat nicht beachtet, daß für die herrschende Ansicht der Ausgangspunkt

1) Vergl. Seckel in der Berliner Festgabe für Richard Koch 205

2) Eine andere Begründung gibt Breit a. a. O. nicht.

die Erkenntnis ist, daß relative Rechte durch Dritte gar nicht verletzt werden können [1]).

Ja, man wird sagen müssen, daß Kann-Rechte begrifflich überhaupt nicht verletzt werden können. Verletzt werden kann überhaupt nur ein Recht, das sich gegen einen anderen oder gegen die anderen derart kehrt, daß die Pflicht zu einem bestimmten, tätigen oder untätigen Verhalten sich daraus auf der anderen Seite ergibt. Das Eigenartige des „Kann-Rechts" besteht ja nun aber gerade darin, daß kraft seiner der Berechtigte etwas „kann", ohne, daß ein anderer etwas „soll". Für den Passiv-Beteiligten ergibt sich hier, wie bei Besprechung der Wirkungen des Vertragsantrages schon oben (S. 16) ausgeführt wurde, nur eine „rechtliche Gebundenheit", keine Pflicht. Wenn Breit eine Verletzung eines Kann-Rechts darin findet, daß jemand aus Vergeßlichkeit sich nicht am richtigen Orte einfindet oder nicht dafür sorgt, daß ihm eingeschriebene Briefe zugestellt werden können, so macht er eben aus dem „Kann" ein „Soll" und kommt auf den schon oben abgewiesenen Gedanken zurück, daß eine allgemeine Pflicht, für Erklärungen anderer bereit zu stehen, anzuerkennen sei.

Indessen — ich will einmal annehmen, die Bereitschaftspflicht des Antragstellers ließe sich aus dem Gesetze begründen, oder es wäre richtig, daß er durch sein Verhalten ein Recht im Sinne des § 823 verletze. Welches würde die Rechtsfolge der Pflichtverletzung sein? Regelmäßige Folge der Pflichtverletzung ist die Entschädigungspflicht. Folgerichtig haben Endemann, Crome u. a. den Antragsteller für die Verhinderung seiner Bereitschaftspflicht haftbar gemacht.

Aber, wie oben ausgeführt, ist der Verkehrssicherheit mit

---

1) Vergl. Oertmann, Kommentar [3] Anm. 3b zu § 823.

der Entschädigungspflicht des Antragstellers nicht gedient. Verhinderung der Folgen mangelnder Bereitschaft könnte allein die Verkehrssicherheit fördern. Welche Gesetzesbestimmung aber sollte dem dienen?

Oben wurde gezeigt, daß es eine Bestimmung im Gesetze gibt, die an die fahrlässige Pflichtverletzung eine Rechtsfolge knüpft, wodurch die Entstehung eines Nachteiles verhindert wird. Die analoge Anwendung des § 149 bei mangelnder Bereitschaft des Antragstellers läge nahe — wenn nicht eben aus diesem § 149 sich ein Argument gegen die Annahme einer solchen Bereitschaftspflicht ergäbe.

So hat man denn nach einer anderen Begründung des gewünschten Satzes gesucht.

Planck[1]) beruft sich auf § 249. Ihm folgt Breit (a. a. O. S. 596). Der nachlässige Antragsteller, sagen sie, habe den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn er nicht pflichtwidrig gehandelt habe. Folglich müsse er den Vertrag als geschlossen gelten lassen. Aber, das würde doch bedeuten, daß, wer den Anspruch auf Herstellung eines Rechtszustandes hat, die Rechtslage so behandeln dürfe, als sei der Zustand bereits hergestellt! Ein derartiger Rechtssatz ist von den römischen Juristen gelegentlich angewendet worden (vergl. die Fälle „fingierter" Cession). Im BGB. steht davon nichts. Würden doch auch Bestimmungen, wie § 812 Abs. 2, § 123, ja auch § 162 ganz überflüssig sein.

Anders als Planck hat das Reichsgericht in Anlehnung an Dernburg (§ 132, Anm. 22) die Rechtsfolge der Vernachlässigung der Bereitschaft für den Antragsteller festzustellen und zu begründen gesucht. Der Antragsteller dürfe aus seiner Nachlässigkeit, so meinen sie, keine Rechte zum Nachteil des An-

1) Kommentar² Bd. 1 Anm. 5 zu § 130.

tragsgegners herleiten. Er müsse sich daher gefallen lassen, daß der Antragsgegner binnen angemessener Zeit die Annahmeerklärung nachhole, die infolge Verschuldens des Antragstellers diesem nicht rechtzeitig zugegangen sei.

Und die Begründung? „Wer die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat", sagt das Reichsgericht, „hat dadurch freilich nicht gegen Treu und Glauben verstoßen; wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteil des anderen einen Vorteil herleiten will." Ganz ähnlich Dernburg.

Die exceptio doli „von Gottes Gnaden"! Aber eine exceptio, wie sie wohl der römische Prätor geben mochte, wie sie jedoch nie und nimmer im BGB. begründet sein kann. Zweierlei ist heute nur möglich — entweder der Vertragsantrag ist von Rechts wegen nicht angenommen — dann kann der Antragsteller auch nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er daraus Rechte herleiten will. Oder aber, von Rechts wegen ist zu sagen, daß der Vertrag zu stande gekommen ist — dann bedarf es für den Antragsteller keiner Berufung auf Treu und Glauben.

Zwar gibt es nicht wenig Fälle, in denen der Gesetzgeber mit der einen Hand ein Recht, mit der anderen ein Gegenrecht verleiht, das das erste entkräftet. Ich brauche nur an Vertragsrecht und Anfechtungsrecht, abstrakten Vertrag und condictio, Anspruch und Einrede zu erinnern. Aber hier ergibt sich eine Zwiespältigkeit des Rechts aus technischen Gründen in ganz bestimmten Fällen. Einen allgemeinen Rechtssatz, durch den das Recht sich selbst entkräftet, gibt es nicht. Wir haben nicht neben dem jus civile des BGB. ein prätorisches Recht, das nach billigem Ermessen vom Richter gesetzt würde. „Treu und Glauben" bedeutet für den Richter einen Maßstab

bei der Anwendung des Rechts, nicht aber einen Freibrief für das Billigkeitsgefühl. Wer Rechtssätze so begründet, wie es in dem besprochenen Reichsgerichtsurteil geschehen ist, der stellt sich über das Recht!

Für unsere Frage ist das Ergebnis mithin dieses: Eine Bereitschaftspflicht des Antragstellers ist nicht anzuerkennen. Wird der rechtzeitige Empfang der Annahmeerklärung verhindert, so kommt der Vertrag nicht zu stande, es sei denn, daß der Antragsteller vorsätzlich und rechtswidrig die Verhinderung herbeigeführt habe. In diesem Falle kann die Erklärung nachgeholt werden. Eine Anwendung der Bestimmungen über den Gläubigerverzug ist nur möglich, wenn es sich um die Verhinderung des Empfanges einer schuldbefreienden Erklärung handelt.

Aber ist denn dies Ergebnis so auffallend? Klafft hier wirklich eine Lücke im Gesetzbuche? Ich meine: nein.

Der Ausgangspunkt der Untersuchung war doch die Beobachtung, daß nach § 130 der zu Schaden kommen kann, der eine Erklärung abgibt in der Erwartung, sie werde dem anderen zugehen, sich aber in dieser Erwartung getäuscht sieht.

Es ist bereits dargetan worden, daß ein Schadensersatzanspruch für den Enttäuschten sich hieraus nur ergibt, wenn der Schaden von dem anderen Teil vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zugefügt ist. Eine Haftung für schuldhafte Vermögensschädigung schlechthin kennt das Gesetzbuch nicht, geschweige denn eine solche für Schadensverursachung schlechthin. Warum sollte es denn den Satz aufstellen, daß, wer einen anderen an der Abgabe einer Willenserklärung hindert, die Nachteile zu tragen habe? Zu tragen

habe, zwar nicht in der Form des Schadensersatzes, aber doch in der Weise, daß er die Willenserklärung zu seinem Nachteile gelten lassen muß?

Der § 162 findet im Entschädigungsrecht sein Gegenstück im § 826. Für den hier bekämpften Satz würde jede Parallele im Entschädigungsrecht fehlen. Er müßte also als eine Abnormität bezeichnet werden.

II.

Ueber die Beseitigung der Wirkung vollendeter Verjährung durch Anerkenntnis.

Von Oberlandesgerichtsrat K. Schneider (Stettin).

An § 222 Abs. 2 des BGB. knüpft sich bekanntlich die Streitfrage an, ob die Wirkung einer vollendeten Verjährung auch durch ein formloses vertragsmäßiges Anerkenntnis aufgehoben werden könne, wofür unter anderen Regelsberger mit großer Lebhaftigkeit eingetreten ist.

Ich möchte versuchen, zur Lösung dieser Streitfrage beizutragen; und zwar im engsten Anschlusse an die Bestimmungen des Gesetzes selbst. Nicht allein, weil sie doch, wendet man die „Erklärungstheorie" einmal ehrlich auf sie an, einzig maßgeblich für die Feststellung des Gesetzesinhaltes sind, sondern auch, weil ein so tief durchdachtes und trefflich nachgefeiltes Gesetz erwarten darf, in erster Reihe aus sich selbst verstanden zu werden. Ein solcher Versuch empfiehlt sich schließlich am besten dann wohl dadurch, daß er zu meines Erachtens annehmbaren Ergebnissen gelangt.

§ 222 lautet:

„Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern.

Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist. Das Gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnisse sowie einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten."

Abs. 1 gibt zweifellos ein Recht, ein Recht der Weigerung, die geschuldete Leistung zu machen. Die Leistung, der Einzelausfluß eines Rechts des Gläubigers oder des dinglich Berechtigten, bleibt also geschuldet. Vollends bleibt das Recht erhalten, aus dem der Anspruch auf sie erwuchs, — mögen sie zusammenfallen und das Recht sich in der Leistung erschöpfen, wie bei einer unverzinslichen Schuld; oder nicht, wie bei einer Nebenleistung (Zinsen neben der Stammschuld) oder beim dinglichen Rechte. Das zeigen zum Ueberflusse diejenigen besonderen Vorschriften, die über das Erlöschen des Rechts als weitere Folge der Verjährung besonders befinden, z. B. § 901 und § 1028 Abs. 1 (Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeitsanlage). Ferner § 1169. Steht einer Hypothek oder Grundschuld (nicht dem ihnen entsprechenden Anspruche, — § 223 Abs. 1) die Verjährung entgegen, so soll der Verpflichtete im Interesse der Vereinigung des Grundbuchs die förmliche Feststellung verlangen können (ZPO. § 894), daß die Hypothek oder Grundschuld für den bisherigen Gläubiger nicht mehr bestehe: §§ 1169, 1168. Der Gläubiger soll als „verzichtend" gelten, damit § 1168 wirksam werden kann. Dahin gehört auch § 886 (die Verjährung eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs gibt zugleich das Recht auf Beseitigung der Vormerkung); und das Erlöschen von Nebenansprüchen mit dem Hauptanspruche (§ 224; § 558 Abs. 2 und 3) steht damit durchaus nicht im Widerspruche.

Der Gegensatz des § 1169 und des ihm aus ähnlichem

Grunde entsprechenden § 1254 zeigt, daß für andere Fälle das Gesetz sich mit der Anerkennung des Weigerungsrechts begnügt und keinen „Verzicht" des Gläubigers auf sein (verjährtes) Recht verlangt, d. h. ihm dieses selbst nicht abspricht.

Die Verjährung gibt ein Recht, wirtschaftlich betrachtet allerdings nur verneinenden Inhalts. Der Anspruch, dem es dauernd entgegentritt, — genauer dessen Geltendmachung, d. h. gerichtliche Geltendmachung, auf die sich die Sache schließlich zuspitzt, es dauernd ausschließt (§ 813 Abs. 1) — bleibt; denn der „Verpflichtete", von dem trotz der Vollendung der Verjährung § 222 zweimal spricht, bleibt. Daher auch die beschränkte Wirkung beim Gesamtschuldverhältnisse (§ 425 Abs. 2) und die nur abschwächende Wirkung der kurzen Verjährung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung (§ 852 Abs. 2). Umgekehrt behält derjenige, der ein Forderungsrecht gegen sich ohne Grund schuf und deshalb die Befreiung davon verlangen könnte (§ 812), auch nach Verjährung dieses Befreiungsanspruchs die exceptio ex condictione (§ 821).

Da dem „verjährten" Anspruche ein neues Recht selbständig entgegentritt und nur dessen „Geltendmachung" dauernd und nicht bloß einstweilen, wie nach § 771 oder 2014 z. B., ausschließen soll, so bleibt der Anspruch selbst eben unberührt und ungetilgt. Das bewirkt, daß die weitergeschuldete Leistung erfüllt werden kann: § 222 Abs. 2 S. 1; § 813 Abs. 1; daß die zur Sicherung ihrer Erfüllung bestellten Rechte bei Bestand bleiben (§ 223 Abs. 1 und 2 — Ausnahme bei der Bürgschaft: § 768 Abs. 1); und daß sie Bestand gewinnen, eine genügende Grundlage vorfinden, wenn sie nachträglich bestellt werden (§ 222 Abs. 2 S. 2). Der durch die Verjährung zur Leistungsweigerung Berechtigte soll eben nur diese Leistung weigern dürfen; die von ihm daneben zugestandene Befriedigung aus besonders übertragenen Rechten

bleibt durchführbar oder findet, als nachträgliche „Sicherheitsleistung" (§ 222 Abs. 2 a. E.), in dem „verjährten" Anspruche einen ausreichenden Stützpunkt, wogegen man § 1163 Abs. 1 vergleiche. Das wird dann auch (trotz § 768 seinem Wortlaute nach entgegenzustehen scheint) bei einer „Sicherheitsleistung" durch Gestellung eines Bürgen (§ 232 Abs. 2) gelten müssen.

Das Bestehenbleiben des verjährten Anspruchs bewirkt es ferner, daß das Versprechen, trotz der Verjährung die Leistung machen zu wollen, ein bestehendes Schuldverhältnis anerkennt; also nicht unter § 780, sondern § 781 BGB. fällt, so daß die etwaige „Befreiung" davon (condictio) nach § 812 Abs. 2 (§ 821) möglich bleibt. Von diesem Anerkenntnisse handelt § 222 Abs. 2 S. 2.

Ob der durch die Verjährung aus § 222 Abs. 2 Berechtigte sein Recht, die geschuldete Leistung dauernd zu verweigern, benutzen und geltend machen will, ist trotz des dringendsten öffentlichen Interesses, veraltete Rechtsverhältnisse nicht vor Gericht ziehen zu lassen, seinem Belieben anheimgestellt. Es ist sein privates Recht und nicht mit „zwingender" Kraft ausgestattet.

Diese Geltendmachung — häufig als „Einrede" (§ 390), unter Umständen aber auch nach § 797 Abs. 4, § 767 ZPO., wenn ein vollstreckbarer Titel (BGB. § 218 Abs. 1) trotz der Verjährung erworben wäre (§ 794 Nr. 5, § 797 Abs. 1 und 2 ZPO.), ähnlich wie bei § 886 BGB., als Klage! — geschieht außergerichtlich durch Nichterfüllung des verjährten Anspruchs, ohne daß etwa der Grund, die Verjährung, dafür angegeben zu werden brauchte. Hätte sich jedoch der „Verpflichtete" auf sein Recht aus § 222 Abs. 1 dabei berufen, so bliebe dessen völlig ungeachtet der verjährte Anspruch (trotz der abweichenden Meinung Sahms) noch ebenso erfüllbar und unbeeinflußt.

wie bisher. Er kann also auch noch wirksam eingeklagt und, selbst trotz Anführung jenes Vorkommnisses durch den Kläger, in einem etwaigen Versäumnisverfahren durchgesetzt werden. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Verpflichtete bei seiner Erfüllungsweigerung einen Grund oder jenen Grund angab oder nicht; und nirgends ist im Gesetze auch nur von ferne angedeutet, daß durch die (außergerichtliche) Begründung der Erfüllungsweigerung mit der Verjährung der sonst erfüllbar gebliebene Anspruch nun unerfüllbar geworden wäre. Blieb er aber erfüllbar, so ist er bis auf weiteres auch klagbar und, nach allgemeiner Regel, die Geltendmachung des Gegenrechts im Prozesse abzuwarten. Es ist Sache des beklagten Verpflichteten, dort sein Weigerungsrecht geltend zu machen, an der Stelle, wo die Geltendmachung entscheidend wirkt (O. Bülow, Geständnisrecht 306).

Der § 222 Abs. 1 gibt somit im Grunde allein ein Recht, der gerichtlichen Durchführung des verjährten Anspruchs widersprechen zu dürfen, möchte diese durch Klage, durch Aufrechnung im Prozesse oder durch Beschaffung eines vollstreckbaren Titels geschehen. Die außergerichtliche Benutzung dieses Rechts berührt, ebensowenig wie die Verjährung selbst, den „verjährten" Anspruch — hemmt z. B. auch nicht den Lauf von Verzugszinsen, wenn die Verjährung nicht später im Prozesse eingewandt wird.

Es handelt sich bei der vollendeten Verjährung also nicht nur um eine Tatsache rechtszerstörender oder rechtshindernder Art, auf deren Geltendmachung im Prozesse allerdings im voraus nicht verzichtet werden könnte (Eccius in „Gruchot" 50, 1), sondern um ein an und für sich, wie Regelsberger betont, verzichtbares, durch formlosen Verzicht zu zerstörendes Recht.

Diese Folge erscheint unabweisbar, obwohl sie, wie auch

in der Rechtshandhabung schon anerkannt ist („Recht" 1905, S. 342 Nr. 1559 — OLG. Stettin), in einen unerträglichen Gegensatz zu § 222 Abs. 2 S. 2 tritt. In Wahrheit hat aber das Gesetz selbst schon Sorge getragen, daß im Interesse des Verpflichteten und zugleich im öffentlichen Interesse, das bei dem Verjährungswesen nicht genug betont werden kann, — schon deshalb, um die Gerichtsbehörden, die Erben der ursprünglich Beteiligten, die Zeugen und Sachverständigen von der Behelligung mit längst- oder halbvergessenen Sachen frei zu halten, da diese doch nur zu unsicheren Ergebnissen und endlosen Eidesleistungen führen! — daß nicht jeder Verzicht, jede formlos hingeworfene Erklärung, wie vor der Vollendung der Verjährung nach § 208 BGB., hinreicht, die Wirkung der Verjährung wieder aufzuheben. Denn § 225 S. 1 sagt klipp und klar:

„Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden."

„Verjährung" bezeichnet aber nach dem Sprachgebrauche des BGB., wie z. B. § 223 z. A. zeigt, nicht nur die laufende, herannahende Verjährung, sondern auch die herangekommene, vollendete Verjährung; und nichts hindert, erkennt man nur dem Gesetzesworte die ihm gebührende Selbständigkeit zu, unter „Verjährung" im Sinne des § 225 beide, die laufende und die vollendete Verjährung, zu verstehen. Nichts — insonderheit nicht, daß in den Vorverhandlungen zum BGB. dieser Tragweite der Worte nicht gedacht oder zum Teil gar das Gegenteil („Denkschrift" 36) angenommen wurde; oder der Umstand, daß ihre Ausleger[1]) den Zusatz hineinzulegen pflegen: „im voraus".

---

1) Zur Wahrung literarischer Treue will ich bemerken, daß ich nach Abschluß dieser Abhandlung in einem mir früher von dem Privatdozenten

§ 225 Satz 1 bleibt bei dieser Auslegung im vollen Einklange mit § 222 Abs. 2. Denn das Recht aus der Verjährung bleibt nach dem über § 222 Gesagten durch die freiwillige Befriedigung des verjährten Anspruchs unberührt, ebenso wie durch dessen Neuschaffung auf alter Grundlage oder durch die Sicherheitsleistung für ihn. Das Recht aus der (vollendeten) Verjährung würde dagegen „durch Rechtsgeschäft" darüber, z. B. durch Verzicht darauf, in der Tat berührt; der alte Anspruch wäre als solcher, ohne daß ihm fernerhin das Gegenrecht entgegentreten könnte, wieder durchführbar. Das will das Gesetz aber nicht. § 225 bleibt auch insofern mit § 222 Abs. 2 im Einklange, als ja, nach letzterem, offenbar auch die nebenher in dem „vertragsmäßigem Anerkenntnisse" oder der Sicherheitsleistung liegende stillschweigende Anerkennung jene Wirkung der Verjährung selbst nicht beseitigen soll[1]). Wäre dies anders; vermöchte die stillschweigende Anerkennung des verjährten Anspruchs das ihm entgegenstehende Recht aus der Verjährung zu beseitigen, so wäre jedenfalls die besondere Vorschrift über die Gültigkeit einer für den Anspruch bestellten Sicherheit überflüssig, weil selbstverständlich. Darf man ferner sagen, daß solche Wirkung auch einer ausdrücklichen (nicht vertragsmäßigen) Anerkennung nicht zukommen solle, so stimmt das wieder mit § 225 überein. Denn wenn durch „Rechtsgeschäft" (Verzicht, mündliches Zahlungsversprechen) die (vollendete) Verjährung nicht „ausgeschlossen" werden kann, so ist (per argumentum a majore

---

Dr. M. Pagenstecher in Würzburg zugegangenen Briefe dessen Ansicht ausgesprochen finde, § 225 könne wohl so ausgelegt werden, wie von mir nach obigem vertreten wird.

1) Von hier aus ist der im „Rechte" 1906, S. 1067 mitgeteilte Fall einer „Abschlagszahlung" nach Verjährung zu beurteilen. Er ist von dem betreffenden Gerichte allerdings unrichtig entschieden: Die Wirkung war nur, daß das Gezahlte nicht zurückgefordert werden konnte. Die Gründe des Einsenders entsprechen aber auch dem Gesetze nicht!

ad minus) nicht die Rede davon, daß dies etwa durch bloße Anerkennung und außergerichtliches Zugeständnis, z. B. am Biertische einem Dritten gegenüber, geschehen könnte. Der bewußte Gegensatz zu § 208 bei laufender Verjährung tritt dann bei § 222 wie § 225 zu Tage; für die Wirkungslosigkeit bloßer Anerkennung (s. § 208 a. E.) spricht eigentlich schon genügend eine Vergleichung von § 208 und § 222. Es ist mir aber durchaus unbedenklich, für diese Ansicht den allerdings noch weiter gehenden, nämlich auch den vertraglichen Verzicht auf die Verjährung mitumfassenden § 225 geltend zu machen, wenn man seinen Worten eben nur den Sinn läßt, den sie beanspruchen können.

Man darf nicht einwerfen, daß ein solches, die Verjährung betreffendes „Rechtsgeschäft" am Ende dasselbe sei, wie das „vertragsmäßige Anerkenntnis" des verjährten Anspruchs selbst nach § 222 Abs. 2. Das ist durchaus nicht so. Denn ersteres beseitigte nur das aus der Verjährung erwachsene Gegenrecht der Leistungsweigerung und ließe sonst alles beim Alten. Letztere dagegen stellt, wie schon von mir angedeutet wurde, den verjährten Anspruch auf die neue und deshalb klare, aus der Schrift beweisbare Grundlage des § 781 und verhütet dadurch das Elend der Nichtbeweisbarkeit veralteter Ansprüche. Das tritt freilich bei den kurzen Verjährungsfristen weniger zu Tage; und so ist es Regelsberger nicht zu verdenken, daß er bei seinem Beispiele des schuldenmachenden Studenten ein abweichendes Ergebnis verlangt und dem Gastwirte, der nach der Verjährung von 2 Jahren (§ 196 Nr. 4) die Zusicherung seines früheren Gastes erhält, er werde binnen kurzer Zeit bezahlen, ein Recht auf die Schuldsumme zusprechen will. Allein wenn ein gewisses Billigkeitsempfinden zu diesem Ergebnis führen mag, so ist doch andererseits zu sagen, daß sich jener Gastwirt einem so leichtfertigen Schuldner gegenüber eben nicht mit mündlichen

Zusicherungen hätte hinhalten lassen, und dessen Ehrenhaftigkeit, ohne den Rechtszwang für sich zu haben, weiter vertrauen sollen. Und ferner, daß die Rechtsvorschriften auch für eine gewisse straffe Ordnung im Rechtsverkehre sorgen wollen — hier unter anderen auch unwirtschaftlichem Kreditieren vorbeugen. Handelte es sich aber gar um den Ablauf der so bedauerlich langen, regelmäßigen Verjährungszeit des BGB., so würde noch obige Erwägung, daß vergessene Dinge nicht mehr vor Gericht gebracht werden sollen, sehr nachdrücklich gegen ein Recht des Gastwirts aus jenem mündlichen „Rechtsgeschäfte" (§ 225) sprechen.

Der Regel nach halte ich also das dem Gesetzesworte selbst entnommene Ergebnis für zutreffender und dem Zwecke der Verjährung entsprechender, wenn auch hin und wieder eine Härte für den Vertrauensseligen daraus erwachsen mag.

Käme zwischen Gläubiger und Schuldner nach Vollendung der Verjährung die allerdings etwas wunderliche Vereinbarung zu stande, Schuldner wolle, wenn der Gläubiger die Schuld einklage, sich mit der Verjährungseinrede nicht wehren, so wäre sie nach dem Gesagten ungültig; immerhin könnte aber je nach Lage der Sache bei Zuwiderhandlung der Schuldner dem § 826 BGB. verfallen.

Für den Prozeß ergibt sich, daß bei Geltendmachung einer Verjährungseinrede, wenn sie nicht etwa nur in zweiter Linie zur Verteidigung vorgebracht wird, nur die Feststellung dieses Gegenrechts zu erfolgen hat. Das mag zunächst ungewöhnlich erscheinen; aber die vielleicht nur mit unendlichen Beweisen zu ermöglichende und dann doch nutzlose Feststellung des Klageanspruchs soll ja eben erspart werden! Er wird also auch nicht rechtskräftig aberkannt, so daß es durchaus zutreffend ist, wenn Eccius („Gruchot" 42, 18) eine Aufrechnung mit ihm unter der Voraussetzung des § 390 S. 2 BGB.

für zulässig erklärt — ebenso wie nach § 222 Abs. 2 der verjährte Anspruch erfüllbar bleibt. Es wäre auch nicht abzusehen, weshalb die richterliche Feststellung, das Gegenrecht der Verjährung sei vorhanden, an der Rechtslage im übrigen etwas ändern sollte. Ist hieran unbedingt festzuhalten — und der oben berührte Gegensatz zu § 1169 u. s. w. zwingt des weiteren dazu — so kann freilich nicht verkannt werden, daß man mit der Vorschrift des § 322 ZPO.: „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist", ins Gedränge kommt. Denn dem wegen Verjährung abgewiesenen Kläger stände keine Rechtskraft entgegen; und selbst die Feststellung, die Verjährung sei eingetreten, würde nur dann rechtskräftig, wenn der Beklagte zu dem etwas seltsam anmutenden Mittel einer Widerklage zur Feststellung seines Rechts aus § 222 Abs. 1 gegriffen hätte. Praktisch hat die Sache gewiß nicht viel zu bedeuten; aber juristisch — es sind einschlagende Bedenken ja längst geltend gemacht (Fischer, Hölder, Friedenthal), — ist nicht zu verkennen, daß die Vorschriften der ZPO. nach Einführung des BGB. in dieser Richtung eine Abänderung im Sinne des § 322 Abs. 2, also wie bei der Aufrechnung, erfordert hätten.

Im Prozesse[1]) kann selbstredend der Beklagte ebenso stillschweigend auf das Vorbringen der Verjährungseinrede verzichten, wie außergerichtlich, wenn er als Schuldner die ver-

1) Ich möchte noch folgenden lehrreichen Fall aus der Praxis mitteilen. Dem Kläger A setzt der Beklagte B Bestreiten und eventuell eine Gegenforderung entgegen, die er zugleich nötigenfalls widerklagend geltend macht. A bezeichnet diese als verjährt; er wolle sie sich aber von seinem Klaganspruche absetzen lassen. Dann wird A mit der Klage abgewiesen und auf die Widerklage hin verurteilt. In seiner Berufung dagegen erklärt er, auf die Widerklage habe er wegen der Verjährungseinrede keinesfalls verurteilt werden dürfen.

jährte Leistung macht. Erklärte er im Laufe des Rechtsstreits ausdrücklich, er wolle Verjährung nicht vorschützen, so hindert ihn das nicht, das nachträglich doch zu tun. Sein Vorbringen unterläge lediglich der Prüfung nach § 278 ZPO. Da aber das Prozeßrecht in dieser Richtung, wie ich es gelegentlich für die Irrtumsanfechtung nachgewiesen habe, seinen eigentümlichen Regeln folgt, so würde man aus der Wirkungslosigkeit einer solcher prozessualischen Erklärung nicht auf das Gleiche außerhalb des Prozesses schließen dürfen. Die gleiche Ungültigkeit muß eben, wie oben versucht, aus den (privatrechtlichen) Vorschriften selbst abgeleitet werden können. Ein „Rechtsgeschäft", von dem § 225 spricht, ist jene prozessualische Erklärung ja ohnehin nicht.

Die Verjährung ist eines der wichtigsten Mittel in der Schutzfunktion des Rechts; wie diese letztere selbst, so wird auch der innere, wirtschaftliche Wert der Verjährung zu Gunsten einer sogenannten Billigkeit vielfach verkannt. Und geht man diesen Gedanken weiter nach, so zwingt die gesetzliche Anerkennung eines Gegenrechts fast zu der alten Ansicht zurück, daß die Verjährung sich nach der lex fori zu richten, daß das Verjährungsgesetz des Gerichtsortes den dort belangten Schuldner zu schützen habe. Doch das nur beiläufig.

Ich glaube hiernach, nicht nur ein praktisch brauchbares Ergebnis gefunden zu haben — und das ist für den Praktiker am letzten Ende immer ausschlaggebend, möchte es selbst nur mit einiger Mühe zu begründen sein! — sondern auch, meiner Absicht getreu, mich dabei streng und allein an die Worte des Gesetzes gehalten zu haben. Es darf dabei nicht stören, daß der sogenannte Gesetzgeber im § 225 für die vollendete Verjährung eine ihm selbst nicht zum Bewußtsein gekommene Rechtsanordnung getroffen hätte. Das kommt öfter vor; und für den ehrlichen Ausleger bleibt eben nichts anderes

übrig, als sich an die als Ergebnis der Gesetzgebung schließlich herausspringende Reihe von Worten in den Gesetzbuchsparagraphen zu halten, ohne allzu neugierig dahinter dem „Willen" des Gesetzgebers nachzuspüren. Die gesetzgeberischen Vorverhandlungen sinken damit, so wenig ihre Wichtigkeit verkannt werden soll, auf die gleiche Stufe zurück, auf der die Auslegungsmittel eines Gesetzes nach den Zeitumständen, der wirtschaftlichen Strömung, dem bisherigen Rechte oder dem gleichzeitigen Rechte anderer Kulturstaaten u. s. w. stehen. Die Erklärungstheorie ist auf Gesetzesworte eben mit ganz besonderer Schärfe anzuwenden; es gibt bei ihnen keinen einheitlichen, schöpferischen Willen, — höchstens eine Uebereinstimmung „aller" gesetzgebenden Faktoren, daß gewisse Worte als Inhalt der Gesetzesvorschrift gelten sollen! Was sich diesen dann entnehmen läßt, ist in erster Linie und durchaus überwiegend durch die Gesetze der Sprache bestimmt. Es gibt grundsätzlich keinen anderen Anhalt dafür, was durch das Gesetz vorgeschrieben sein soll; nur mit aller Vorsicht sind alle jene außerhalb der Worte liegenden Hilfsmittel zur Feststellung ihres Sinnes und ihrer Tragweite heranzuziehen.

Darin, in der unerschütterlichen Festigkeit der Gesetzesworte, liegt denn auch gerade die Wohltat der staatlichen Gesetzgebung; nur muß man der richterlichen Rechtsfindung die volle Freiheit dort wahren, wohin das Wort des Gesetzes nicht reicht oder, wie § 157 BGB. es ausdrückt, nach Treu und Glauben im einzelnen Streitfalle gemessen, nicht reichen sollte, wenn auch scheinbar die Worte das Gegenteil besagen.

Das verständig gewürdigte Wort des Gesetzes selbst wird auch in den Augen des Rechtsuchenden weit höher stehen als künstliche Versuche, aus dem „Willen" des Gesetzgebers heraus ihm einen anderen Sinn unterzulegen. Handelt es sich doch dabei fast immer um mehr oder weniger bedenkliche Mut-

maßungen. So hat meines Erachtens, um dazu noch ein Beispiel zu nennen, der Ausleger des Gesetzes kein Recht, im § 398 ZPO. betreffend die „wiederholte Vernehmung" eines Zeugen im Rückblick auf frühere Gesetzgebungen die Anordnung zu finden, daß von einer solchen Vernehmung nur die Rede sein dürfe, wenn sie über denselben Beweissatz erfolge (RG., Zivilentsch. Bd. 48 Nr. 89). Das Gesetz selber, unbefangen ausgelegt, läßt solche Beschränkung des Wortsinnes gewiß nicht erkennen; und deshalb sind alle an etwaige frühere Vorschriften sich anlehnenden Erwägungen bei seiner Schöpfung durchaus in den Hintergrund zu stellen — um so mehr, füge ich hinzu, weil sie nur zu einer niemandem nutzenden, immer unerträglicher werdenden Häufung der gerichtlichen Beeidigungen führen.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch, das sich meiner Ansicht nach auch bei obiger Prüfung in seinen Bestimmungen als durchaus klar und zureichend bewährt hat, hat man sich vor allem an dessen Vorschriften selbst zu wenden und sie mit aller Strenge aufrecht zu erhalten; erst soweit seine Worte eine Rechtsnorm für den einzelnen Streitfall nicht hergeben, darf richterliches Ermessen als entscheidend eintreten. Nur bei solcher Handhabung — bei reinlicher Scheidung zwischen dem unverbrüchlichen Gesetzesrecht und dem freibeweglichen richterlichen Rechte wird die Klage über unverständliche Gesetzesauslegung, über die wächserne Nase des Rechtes verstummen!

Das Rechtsgebot des Staates ist auf die Bekanntgabe seines Befehles in den gedruckten Worten des Gesetzes angewiesen; sie würden maßgeblich sein, auch wenn ihre ganze Entstehungsgeschichte zufällig in Vergessenheit gesunken wäre. Und da sie sich an eine ungezählte Menge wenden, die nicht in der Lage ist, darauf zu achten, — wie etwa bei der Miene eines Sprechenden, — in welchem abweichenden Sinne sie vielleicht

gemeint sein könnten, so dürfen sie auch so verstanden werden, wie dies aus ihnen heraus vernünftigerweise möglich ist. Die Ausgleichung einer danach etwa zu befürchtenden „Starrheit" des Gesetzes liegt anderswo, in dem Satze des auch hier bekanntlich anwendbaren § 157 BGB.; das Gesetz selber aber enthält immer das „richtige Recht".

Einen lehrreichen Beleg für das Verhältnis zwischen gesetzlichem und richterlich zu findendem Rechte enthält, beiläufig bemerkt, die Begründung zu einem neueren französischen Gesetzentwurfe über Heimstättenrecht. Bei Aufstellung eines bestimmten Grundsatzes sagt die ihn rechtfertigende Begründung ganz unbefangen: „La jurisprudence l'introduirait en cas d'oubli dans le texte!"

III.

In welchem Verhältnisse stehen mehrere ihrem Range nach vortretende oder zurücktretende Grundbuch-Posten zueinander[1]?

Von Landgerichtsrat Dr. Wege in Cassel.

Theoretischer Teil.

Im Grundbuch der Stadt Cassel Bd. 50 Blatt Nr. 60 sind, so nehmen wir an, in Abteilung 3 unter Nr. 1 10000 M. für A, unter Nr. 3 10000 M für C und unter Nr. 4 10000 M. für D hypothekarisch eingetragen. A räumt C und D in einer Urkunde das Vorrecht ein. B bleibt als Gläubiger der Zwischenpost Abt. 3 Nr. 2 ganz unberührt, § 880 Abs. 5 BGB. In der Zwangsversteigerung des Grundstückes ergibt sich nur ein Erlös von insgesamt 10000 M. Es fragt sich, welche Rechte haben C und D infolge der Vorrechtseinräumung seitens des A an den auf die erste Stelle (wir wollen sie mit I bezeichnen) entfallenden 10000 M.? Kann C sie für sich allein verlangen? Oder gebührt dem D ein Anteil von 5000 M.? Die meisten, die gefragt werden, antworten: „natürlich", „selbstverständlich" bekommt C die 10000 M. allein, er geht dem D vor, der in Abt. 3 Nr. 4 hinter ihm eingetragen ist. Das

---

1) Vergl. die tabellarische Uebersicht am Ende des Artikels.

Kammergericht sagt das Gegenteil: die Posten C und D sind aus dem Erlös der 1. Hypothekenstelle anteilsmäßig zu befriedigen, C und D empfangen je 5000 M., vergl. den Beschluß vom 11. Juli 1900 bei Johow, Jahrbuch 20 A, 182 fg.

Da dieser Ansicht des Kammergerichts sämtliche Rechtslehrer beigetreten sind, insbesondere auch Turnau, Planck und Oberneck, so war ich im Jahre 1904 gewillt, im Juristischen Verein zu Cassel auf den praktisch so außerordentlich wichtigen, von der Praxis aber nicht genügend beachteten Punkt aufmerksam zu machen und einen kurzen Vortrag darüber zu halten:

In welchem Verhältnisse stehen die ihrem Range nach vortretenden Hypotheken zueinander?

Da stieß ich bei der Lektüre des „Rechts" Ende 1904 auf die Artikel des Oberlandesgerichtsrats Kretzschmar, des Ministerialrats v. Henle und des Rechtsanwalts Wilisch, welche den umgekehrten Fall behandeln, daß mehrere Gläubiger im Range zurücktreten und an der Stelle des vortretenden Gläubigers miteinander kollidieren. Die Artikel sind sehr schwer verständlich und haben eine völlige Klarheit nicht herbeigeführt. Sie haben im Königreich Sachsen zu lebhaften Auseinandersetzungen geführt, wie aus zwei neuerdings im Sächsischen Archiv für Rechtspflege 1. Jahrg. S. 191, 194 fg. erschienenen Abhandlungen des Amtsrichters Zschoche und des Rechtsanwalts Schuberth hervorgeht, welche auf die Notwendigkeit nochmaliger gründlicher Untersuchung der letzteren Frage hinweisen.

Eine zusammenhängende, eingehende Erörterung der beiden Fragen ist noch nirgends erfolgt: die einen beschäftigen sich nur mit dem Vortreten, die anderen mit dem Zurücktreten der Posten; die Begründung ist meist recht kurz. Es soll versucht werden, für alle denkbaren Fälle eine Entscheidung zu geben,

welche auf einheitlicher Grundlage beruht und sich auf positive Gesetzesbestimmungen stützt.

Wesen der Vorrechtseinräumung.

Dabei ist vorerst das Wesen der Vorrechtseinräumung zu erörtern. Denn um zu erkennen, welche Wirkungen die fraglichen Rangänderungen haben, müssen wir wissen: Was ist Rangänderung?

In der Zeit vor 1900 herrschte darüber der lebhafteste Streit. Nicht nur daß das Wesen der Rangänderung oder, wie es damals hieß, der Prioritätszession in allen Kommentaren und Lehrbüchern zum Zivilrecht der verschiedenen Länder deutscher Zunge ebenso eingehend wie widerspruchsvoll behandelt wurde. Es erschienen im Laufe der Jahrzehnte eine Reihe von Monographien, welche sich gegenseitig auf das lebhafteste bekämpften, so die von Strohal, Die Prioritätsabtretung, 1880; Conrad, Die Prioritätsabtretung ꝛc., 1871; Exner in GrünhutsZ. 7, 29 fg.; Küntzel bei Gruchot 26, 68; Paris, Die Lehre von der Prioritätsabtretung, 1883; Schöller, Die Vorrechtseinräumung, 1895, und anderen mehr. Wir brauchen uns mit ihnen — Gott sei Dank — nicht mehr zu beschäftigen: das BGB. hat Stellung zu dem Streit genommen — vergl. die Motive 3, 228—232 — und gibt uns ziemlich unzweideutige Antwort auf die Frage: Was ist Rangänderung? Was bedeutet Rangverhältnis?

Rangverhältnis ist ein Recht dinglicher Art. Es bedeutet nicht den obligatorischen Anspruch des einen Berechtigten gegen den anderen auf Vorwegbefriedigung. Dies sagen uns §§ 879, 880 BGB., in welchen es heißt:

> Das Rangverhältnis unter mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, bestimmt sich, wenn die Rechte in

derselben Abteilung eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen.

Die Eintragung ist für das Rangverhältnis auch dann maßgebend, wenn ....

Eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses bedarf der Eintragung ins Grundbuch.

Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten und die Eintragung der Aenderung in das Grundbuch erforderlich.

Es kommt also alles auf die Eintragung an, wie das das Eigentümliche der dinglichen Rechte an Grundstücken ist. Die Einigung der Berechtigten über das Rangverhältnis allein genügt nicht; es ist die Eintragung der Aenderung in das Grundbuch erforderlich. Erst wenn letztere geschehen, ist das Rangverhältnis perfekt: dieses ist ein dingliches Recht, welches dem Berechtigten gemäß § 880 Abs. 4 eine dinglich gesicherte Rechtsstellung gewährt. Damit ist die rein obligatorische Konstruktion des Vorranges verworfen, wie sie namentlich von Windscheid — Lehrbuch Bd. 1 § 247 Note 1 — vertreten wurde und zu dem seltsamen Resultate führte, daß der Grundstückseigentümer an die Rangänderung nur demjenigen gegenüber gebunden war, welchem er dieselbe bewilligt hatte, nicht aber gegenüber dessen Singularsuccessor; vergl. auch Entsch. des RG. vom 2. Okt. 1886, 16, 249, und Rehbein, Entsch. des OTr. 3, 650. Es ist aber auch die Ansicht derjenigen Gruppe von Rechtslehrern reprobiert, welche dem Rechtsgeschäft der Rangänderung von vornherein dingliche Wirksamkeit beilegten, ohne Rücksicht auf die Eintragung, wie das namentlich Regelsberger für das bayerische Recht, Römer für das württembergische und Achilles für das preußische taten, vergl. Regelsberger, Bayerisches Hypothekenrecht, 1896, 443 fg.; Römer, Württembergisches Unterpfandrecht, 1876, 240 fg.

und Achilles, Die preußischen Gesetze über das Grundeigentum und Hypothekenrecht 3, 227. — Es ist endlich auch der schier endlos scheinende Streit über das Verhältnis der Zwischenhypotheken zu den vor- und zurücktretenden Hypotheken aus der Welt geschafft, indem § 880 Abs. 5 BGB. bestimmt, daß Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, durch die Rangänderung nicht berührt werden; vergl. das erwähnte RG.-Urteil, das Präj. 547 des OTr. vom 1. Sept. 1838 in den Entsch. des OTr. 6, 359 und Rehbein a. a. O. Wir wissen also: das Rangverhältnis ist ein dingliches Recht. Es gibt dem Berechtigten die Befugnis, seine Befriedigung aus dem Grundstücke im Verhältnis zu anderen Berechtigten derart zu suchen, daß dabei eine bestimmte Reihenfolge, der ihm verliehene Rang, innegehalten wird. Die Reihenfolge bestimmt sich nach der Reihenfolge der Eintragungen ins Grundbuch oder — bei Eintragungen in verschiedenen Abteilungen — nach der Zeit der Eintragung, § 879 BGB. Wer z. B. als Hypothekengläubiger in Abt. 3 Nr. 1 eingetragen ist, dem ist die verdinglichte Befugnis gegeben, in der Zwangsversteigerung, wo sein Recht Verwirklichung findet, alle diejenigen Grundstücksgläubiger zurückzudrängen, welche in Abt. 3 hinter ihm und in Abt. 2 unter einem späteren Datum eingetragen sind.

Diese Befugnis nun wird, wie wir zur Bestimmung des Wesens der Rangänderung erkennen müssen, von den Motiven zum BGB. als ein selbständiges wirtschaftliches Gut aufgefaßt. Es heißt in den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. 3, 98, daß „der Rang nach der Auffassung des Verkehrs zu einem selbständigen, wirtschaftlichen Gute geworden sei“. Er kann zwar von der dinglichen Belastung, der Post, der er anhängt, nicht völlig losgelöst noch selbständig an ein fremdes, nichtkonkurrierendes

Recht veräußert werden. Es ist aber rechtlich zulässig, daß er von der Belastung, der er anhängt, abgelöst und einer anderen Belastung, die auf demselben Grundstücke ruht, angehängt wird. Der Rang wird so von einer Belastung auf die andere übertragen. Er ist, wie Otto Gierke in seinem Deutschen Privatrecht 1905, 2, 323 Anm. 91 kurz zusammenfassend sagt, nach dem BGB. „ein für sich wertvolles dingliches Nebenrecht, das für sich abgetreten werden kann und dann in einem bestimmten Falle das Hauptrecht zu überdauern vermag, im übrigen aber vom Bestande des Hauptrechts abhängig bleibt. Die Belastungen selbst bleiben an ihren alten Stellen stehen. Nur ihr Rang tritt vor bezw. zurück. Es erhält die vortretende Post durch die Uebertragung des Ranges der zurücktretenden Post die dieser Post innewohnende Befugnis, ihre Befriedigung aus dem Grundstücke an der bevorzugten Stelle zu suchen. Andererseits empfängt die zurücktretende Post, die doch nicht ohne Rang sein kann, von der anderen Post die Befugnis, an Stelle derselben befriedigt zu werden. Es werden so die beiderseitigen Ranganspruche ausgetauscht und gegenseitig abgetreten. — Hiermit ist das Wesen der Rangänderung ergründet. Die Rangänderung ist nichts anderes als die gegenseitige Abtretung des Ranges, die durch die Eintragung in das Grundbuch dingliche Kraft gewinnt. Sie ist, um es kurz auszudrücken, Rangtausch, Rangwechsel. — Alle Theorien, welche dem widersprechen, setzen sich in Widerspruch mit dem durch das BGB. und seine Motive festgelegten, oben entwickelten Wesen des Ranges als eines selbständigen, dinglichen Rechts, gerichtet auf Sachbefriedigung an einer bestimmten Grundbuchstelle. Zu verwerfen sind daher die fast zahllosen Theorien aus der Zeit vor 1900 ebenso wie die heutzutage teilweise noch verfochtenen, von Fuchs in seinem Grundbuchrecht 1, 98 Anm. 11 zu § 880 BGB. als möglich in Be-

tracht gezogenen Annahmen von dem Wesen der Vorrechtseinräumung, als da sind:

gegenseitige Abtretung des Gesamtrechts (Hypothekenaustausch), der dinglichen Pfandsicherung, der dinglichen Klage; Afterpfandrecht des vortretenden an dem zurücktretenden Recht, Verfügungsbeschränkung oder Belastung der zurücktretenden Post zu Gunsten der vortretenden.

Unzutreffend erscheint namentlich auch die erstere Annahme, daß es sich um einen Stellentausch handle, eine Theorie, welche nur noch von Dernburg, Sachenrecht 1904, 3, 638, vertreten wird und der sich Planck, BGB. 1906, 3, 103, und Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht 1904, 284 Anm. 5a, nur für den Fall anschließen, daß keine Zwischenhypotheken vorhanden sind. Es sprechen gegen diese Theorie noch verschiedene, ganz unzweifelhafte Momente.

Die Motive zum BGB. lehnen Bd. 3 S. 231 ausdrücklich die Vorstellung eines Stellenwechsels ab. — Abs. 4 des § 880 bestimmt ferner:

Der dem vortretenden Recht eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird.

Die Umkehrung dieses Satzes ergibt:

Der dem vortretenden Recht eingeräumte Rang geht dadurch verloren, daß das zurücktretende Recht nicht durch ein Rechtsgeschäft, sondern auf andere Weise aufgehoben wird, nämlich ex lege,

z. B. wenn der Nießbraucher, der einem anderen Grundstücksgläubiger den Vorrang eingeräumt hat, stirbt und sein Recht so in Wegfall kommt. Dann rückt der im Range vorgetretene Gläubiger wieder an seinen alten Platz. Er brauchte das aber nicht zu tun, wenn er durch die Vorrechtseinräumung die Stelle des Zurückgetretenen fest erworben und mit ihm aus-

getauscht hätte. Es unterliegt keinem Zweifel: ein Stellenaustausch findet nicht statt.

In der Literatur herrscht hierüber heutzutage kein Streit mehr. Die vorstehend entwickelte Ansicht von dem Wesen der Vorrechtseinräumung wird von fast sämtlichen Rechtslehrern und Entscheidungen vertreten, so von Turnau, Das Liegenschaftsrecht 1902, 1, 146; Jäckel, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 1904, 56; Fuchs, Grundbuchrecht 1, 98; Fischer und Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen 1902, 194; Predari, Grundbuchordnung 1906, 604; Crome, System des bürgerlichen Rechts 1905, 3, 708 fg.; Güthe, Grundbuchordnung 1905, 1, 835; Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 1905, 2 Teil 1 S. 55; Schuberth, Sächsisches Archiv für Rechtspflege, Jahrg. 1 S. 193 fg.; Zschoche, daselbst 191 fg.; Gierke, Deutsches Privatrecht 1905, Bd. 2, Sachenrecht 323; Leske, Vergleichende Darstellung 1900, 1, 381; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1901, 2, 29; Haidlen, BGB. 1897, 2, 70.

Unserer Meinung ist denn auch das Kammergericht in der eingangs erwähnten Entscheidung vom 11. Juli 1900. Es spricht allerdings ebenso wie Kretzschmar a. a. O. ungenauerweise von dem Grundsatz des Stellentausches, es fügt aber zur Erläuterung hinzu:

> Nach dem BGB. (§ 880) hat die Rangänderung, wenn sie auf sachenrechtlichem Wege, d. h. durch Konsens der Beteiligten und Eintragung vollzogen ist, dingliche Wirkung in der Weise, daß es **so angesehen** wird, als sei die vortretende Post an Stelle der zurücktretenden eingetragen.

Es wird also nur so **angesehen**. Tatsächlich steht sie aber nicht an der Stelle der anderen, sondern immer noch an dem

eigenen Platze. Nur ihre Befriedigungsmacht kann sie kraft der Rangänderung an der Stelle der anderen Post geltend machen; vergl. auch Jäckel, a. a. O. 176; Predari, a. a. O. 604.

Damit ist das Wesen der Rangänderung erschöpft. Im Interesse des Verständnisses der nachstehenden Erörterungen ist nur noch auf einige Eigentümlichkeiten aufmerksam zu machen, welche sich aus der rechtlichen Natur der Rangänderung und den einschlägigen Gesetzesbestimmungen ergeben.

Die zurücktretende Post — A — räumt bei dem Rangwechsel nicht unter allen Umständen ihre alte Stelle. Sie kann dort Befriedigung finden in 2 Fällen:

a) wenn ihr Betrag größer ist — 10000 M. — als der des vortretenden Rechts — D, 5000 M. —, so daß für sie noch Platz übrig bleibt, nachdem D befriedigt worden ist,

b) wenn das im Rang vorgetretene Recht des D aus irgend einem Grunde aufgehoben wird, z. B. zur Löschung kommt, weil es anderweitige Sicherung erhalten hat, so daß A wieder an seine alte Stelle rücken kann (bei einem eigentlichen Stellentausch wäre das ausgeschlossen).

Andererseits verläßt auch die im Range vortretende Post — D — nicht unter allen Umständen ihren alten Platz. Sie findet dort Befriedigung in 3 Fällen:

c) wenn ihr Betrag größer ist — 10000 M. — als der der des zurücktretenden Rechts — A, 5000 M. —, so daß letztere zu seiner Befriedigung nicht ausreichen,

d) wenn, wovon schon oben die Rede gewesen ist, das zurückgetretene Recht, an dessen Stelle sie sich befriedigen wollte, kraft Gesetzes aufgehoben wird, z. B. wenn das im Rang zurückgetretene Nießbrauchsrecht durch den Tod des Nießbrauchers in Wegfall kommt (anders, wenn es eine rechtsgeschäftliche

Aufhebung erleidet, z. B. auf Antrag gelöscht wird, § 880 Abs. 4 BGB.),

e) wenn es sich als nicht rechtsbeständig erweist und so wegfällt (ein Rechtssatz, der sich unzweifelhaft aus der Notwendigkeit des Schutzes der Zwischengläubiger nach § 880 Abs. 5 BGB. ergibt).

Die Rangänderung ist also naturgemäß ihrem Umfange nach begrenzt durch den Umfang und Betrag des zurücktretenden Rechts und den des vortretenden Rechts — Fälle a und c —, sowie resolutiv bedingt durch die Aufhebung des vortretenden Rechts — Fall b — und die gesetzliche Aufhebung des zurücktretenden Rechts — Fall d — und endlich suspensiv bedingt durch die Rechtsbeständigkeit des letzteren — Fall e.

Das wird in der Literatur allgemein anerkannt, wenn auch nicht überall mit der nötigen Schärfe hervorgehoben; vergl. Fuchs, a. a. O. S. 98, 99, mit abweichender Ansicht zu e; Crome, a. a. O. 138; Planck, BGB. 1906, 3, 106; Fischer und Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen 1902, 194; Oberneck, a. a. O. 285; Gierke, a. a. O. § 323.

Wirkungen.

Nachdem wir so das Wesen der Rangänderung bestimmt und umgrenzt haben, sind wir in der Lage, ihre Wirkungen festzulegen, über welche das BGB. keine ausdrücklichen Vorschriften enthält.

X. Wir erörtern zunächst den eingangs erwähnten Fall des

Vortretens mehrerer Posten im Range.

Wir setzen im

Fall 1 voraus, daß die Post A mit 10 000 M. den Posten C und D mit je 10 000 M. den Vorrang in einer Urkunde ohne weitere Bemerkung über deren Verhältnis zu-

einander eingeräumt hat, worauf im Grundbuch die Eintragung erfolgt ist: A hat den Posten C und D den Vorrang eingeräumt. Was ist die Wirkung dieser Eintragung? Nach dem vorstehend Erörterten wechseln die Posten C und D ihren Rang mit A und stehen bei I zu gleichen Rechten.

Begründung. C und D treten mit ihrem Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück an die Stelle von A, und zwar zu gleicher Zeit. Sie stehen also mit dem Rangrechte unter einer Nummer der Abteilung 3 (oder 2) des Grundbuchs nebeneinander eingetragen. Ist dies aber der Fall, so kommt der uns allen wohlbekannte Satz des Grundbuchrechts zur Anwendung, daß Rechte, die unter einer Nummer des Grundbuchs eingetragen sind, gleichberechtigt sind. Es bestimmt ja § 879 Abs. 1 BGB.:

> Das Rangverhältnis unter mehreren Rechten bestimmt sich, wenn die Rechte in derselben Abteilung eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen;

und daraus ergibt sich:

> sind sie nicht hintereinander eingetragen, sondern nebeneinander, dann stehen sie zu gleichen Rechten.

Der Satz ist anwendbar nicht nur, wenn es sich um die Eintragung von Hauptposten handelt, sondern auch, wenn die Eintragung von Rechten in den Nebenspalten der Abteilung 2 oder 3 in Frage steht; er ist z. B. unbestritten, wenn mehrere Pfändungen einer Buchhypothek für verschiedene Pfandgläubiger zu gleicher Zeit eingetragen werden, in welchem Falle dieselben unzweifelhaft gleiche Rechte an der Hypothek erwerben. So muß der allgemein gültige Rechtssatz auch Anwendung finden in dem Falle, daß Rangrechte in den Nebenspalten der Abteilung 2 oder 3 eingetragen werden. Erfolgt deren Eintragung unter einer Nummer, so stehen sie nebeneinander und haben gleiche Rechte. Hieraus folgt — und das ist der Kern

unserer Entscheidung —, daß C und D durch die Rangänderung gleiche Rechte an Stelle des A gewinnen, daß sie bei Unzulänglichkeit des auf diese Stelle fallenden Erlöses anteilsmäßig zu befriedigen sind. Wenn also in der Kaufgelderbelegung auf die Post Abteilung 3 Nr. 1 — A — nur 10 000 M. entfallen, so sind diese nicht an C allein zu zahlen, sondern mit 5000 M. an C und mit 5000 M. an D. Es entscheidet nicht das Rangverhältnis, welches die Posten C und D an ihren Hauptstellen Abteilung 3 Nr. 3 und 4 zueinander haben. Wenn die Beteiligten dieses Rangverhältnis auch an dem Platze der zurücktretenden Post Abteilung 3 Nr. 1 begründet wissen wollen, so bedarf diese von der gesetzlichen Norm „abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses der Eintragung ins Grundbuch" nach § 879 Abs. 3 BGB.

Dies von uns auf Grund des Gesetzes gewonnene Resultat findet in Theorie und Praxis allgemeine Anerkennung. Es wird vom Kammergericht in der Entscheidung vom 11. Juli 1900 unter Berufung auf das Wesen der Rangänderung als eines Stellentausches, richtiger Rangtausches, damit begründet, „daß es so angesehen wird, als seien sie" — die vorgetretenen Rechte — „unter der Nummer der zurücktretenden Post eingetragen", eine Begründung, welche mit der unserigen im wesentlichen übereinstimmt und von Turnau und Jäckel ausdrücklich gebilligt wird. Es herrscht eben, wie das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 27. März 1903, Sächs. Arch. f. Deutsch. Bürgerl. Recht 14, 510, sich ausdrückt, „die gesetzliche Regel, daß die einzelnen Teile der an einer bestimmten Rangstelle eingetragenen oder doch infolge Rangänderung zur Hebung gelangenden Ansprüche unter sich gleichen Rang haben". Vergl. Turnau, Das Liegenschaftsrecht 1902, 1, 146 Anm. 7; Jäckel, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 1904, 176; Planck,

BGB. 1906, 3, 107 Anm. 4c; Oberneck, a. a. O. 286; Predari, a. a. O. 606 Anm. e; Güthe, a. a. O. 835.

Einwände. Ein Widerspruch gegen das gewonnene Resultat wird ähnlich wie in dem umgekehrten, unten zu erörternden Falle des Zurücktretens mehrerer Posten nur daraus hergeleitet werden können, daß man sagt: das Resultat entspricht nicht der natürlichen Anschauungsweise, es widerspricht dem offenbaren oder vermutlichen Willen der Parteien. Der Einwand ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen; ja, er hat etwas Bestechendes. Die Willensmeinung der Parteien mag in den meisten Fällen dahin gehen, daß die vortretenden Posten an der Stelle der zurücktretenden Post das Rangverhältnis ihrer Hauptstellen zueinander haben sollen; es spricht eine gewisse Vermutung, gegründet auf die Erfahrung des Lebens, dafür. Die beregte Willensmeinung kommt aber nicht in dem das Rangrecht begründenden Grundbuchvermerk zum Ausdruck, der lautet: A hat den Posten C und D den Vorrang eingeräumt. Die für den umgekehrten Fall ausgesprochene Ansicht des Landgerichts Dresden, vergl. Beschluß vom 27. Juni 1900, CBlFG. Jahrg. 1 S. 264, daß die beregte Willensmeinung „in dem Rangveränderungseintrage ohne weiteres zum Ausdruck komme", scheint von einer erst neuerdings ergangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden, vergl. Urteil vom 24. November 1905, ROLG. 12, 278, gebilligt zu werden, in der es heißt:

„Diese Willensmeinung erhellte aber auch ohne weiteres aus dem Zwecke der ganzen Hypothekenregelung, ferner aus der Gleichzeitigkeit und Gemeinsamkeit der Rücktrittserklärungen, aus der zugleich beabsichtigten Abstoßung eines Teils einer Hypothek."

Indes fügt das Oberlandesgericht Dresden am Schluß seiner Entscheidung hinzu, daß, wenn sich auch aus dem strengen Wortsinne des Gesetzes etwas anderes ergebe, jene offenbare

Willensmeinung der Parteien jedenfalls im Verhältnis der unmittelbar Beteiligten Geltung haben müsse. Letzterem kann unbedenklich zugestimmt werden: es unterliegt keinem Zweifel, daß die fragliche Willensmeinung der Beteiligten für ihr obligatorisches Verhältnis zueinander ausschlaggebend ist, falls ein solches überhaupt besteht. Aber die weitere vom Landgericht, nicht vom Oberlandesgericht, Dresden bejahte Frage, ob diese Willensmeinung der Beteiligten in dem Rangveränderungsvermerke ohne weiteres zum Ausdruck kommt und so dingliche Wirksamkeit gegenüber jedem Dritten gewinnt, muß diesseits verneint werden. Denn der Rangveränderungsvermerk: die Post A hat den Posten C und D den Vorrang eingeräumt, besagt über das Rangverhältnis von C und D zueinander nicht das mindeste. Es mag ja, wie gesagt, die Willensmeinung der Beteiligten zumeist auf Beibehaltung der alten Rangverschiedenheit gehen. Immer ist dies aber nicht der Fall. Es ist z. B. der Fall denkbar, daß ein vermögend gewordener Mann seinen ihm im Grundbuch als Hypothekengläubiger nachstehenden Schwestern, welche weniger bemittelt sind, das Vorrecht einräumt. Jedes Kind, das gefragt wird, antwortet: der Bruder hat wohl die beiden Schwestern gleich lieb, es soll jede das Gleiche erhalten. Denke man ferner den Fall, daß A der frühere Grundstückseigentümer ist, welchem daran gelegen ist, daß auf dem Grundstück ein ordentlicher Bau aufgeführt wird und aus diesem Grunde seinen Rücktritt hinter C und D erklärt; D, ein Bankinstitut, will das zum Bau nötige Geld vorschießen und vortreten; C aber, der als Verwandter des neuen Grundstückseigentümers diesem das Geld zur Anzahlung ganz oder teilweise vorgestreckt hat und hinter A eingetragen ist, mag nicht hinter D treten, weil er sich sagt, daß die Bank, die bei der Transaktion viel verdient, mindestens dasselbe Risiko tragen kann wie er, und weil er

sich hinter der Bankhypothek nicht sicher genug fühlt. Kann unter diesen Umständen angenommen werden, daß C an I. Stelle allein zu befriedigen ist, wie das angeblich der natürlichen Anschauungsweise entspricht? Nein, das will weder die Bank D noch der Gläubiger C, der nur gleiches Recht mit D an I. Stelle beansprucht. — So lassen sich noch viele andere Fälle konstruieren, in denen der Wille der Beteiligten darauf abzielt, daß das Rangverhältnis der vortretenden Posten an der vorderen Stelle ein anderes sein soll als an ihren Hauptstellen; vergl. Predari, a. a. O. 344; Strohal, a. a. O. 66; Zschoche, a. a. O. 191; Schöller, a. a. O. 41.

Das Rangverhältnis kann nach dem Willen der Parteien so oder so gestaltet werden! Welche Willensmeinung soll nun der Grundbuchrichter, dem ein förmlicher, schriftlicher Vertrag der Beteiligten darüber nicht vorgelegt wird, als vorliegend erachten? Und welche Willensmeinung soll nach dem nichtssagenden Eintrag: A hat C und D den Vorrang eingeräumt, als zu Recht bestehend angesehen werden? Da versagt die von dem Richter nach § 133 BGB. zu übende Kunst der Auslegung. Der Wille der Parteien ist aus dem kurzen Eintrag nicht ersichtlich, er kann also auch nicht als „offenbar" oder „vermutlich" bezeichnet werden. Es bleibt somit nichts weiter übrig, als sich an den Formalakt der Eintragung selbst zu halten und die gesetzliche Wirkung derselben so zu bestimmen, wie es oben geschehen ist. Unser Resultat ist und bleibt folgendes:

Mangels Eintragung einer abweichenden Bestimmung im Grundbuch erlangen mehrere im Range vortretenden Rechte an der Stelle des zurücktretenden Rechts gleiche Rechte, sie sind an dieser Stelle anteilsmäßig zu befriedigen.

Komplikationen. Es bleibt noch die — auch hinsichtlich der nachstehenden Fälle in der Literatur noch nirgends

eingehend erörterte — Frage zu entscheiden, in welcher Weise die vortretenden Posten an den anderen Stellen im Grundbuch zu befriedigen sind, und wo und wie die zurücktretende Post ihre Befriedigung suchen kann. Während bei den späteren Fällen sich teilweise Komplikationen ergeben, welche als ganz seltsam bezeichnet werden müssen, liegt hier die Sache ziemlich einfach.

α) Der Rangwechsel bewirkt, daß die zurücktretende Post A von den Posten C und D zurückgedrängt wird und an der III. Stelle hinter C und an der IV. Stelle hinter D zur Befriedigung kommt. Damit ist indes nicht ausgeschlossen, daß sie unter Umständen an ihrer alten Stelle I zum Zuge gelangt. Wenn ihr Betrag nämlich größer ist als der der vortretenden Rechte, oder wenn diese aus irgend einem Grunde wegfallen — vergl. oben S. 47 Fall a und b — „dann" ist für sie an I. Stelle Platz; ihrer Befriedigung daselbst steht nichts im Wege. Wir bringen alles dies formularmäßig [1]) zum Ausdruck mit den Worten:

an I. Stelle rangieren C und D zu gleichen Rechten und „dann" A,
an III. Stelle C . . . . ., „dann" A,
an IV. Stelle D, „dann" A.

β) Andererseits ist es aber auch nicht ausgeschlossen, daß die vortretenden Posten C und D an ihren alten Stellen III bezw. IV zum Zuge gelangen. Dies ist in den oben S. 47, 48 erörterten Fällen c, d und e der Fall, wenn nämlich der auf die Stelle I fallende Erlös zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht oder wenn ihr Vorrecht in Wegfall kommt. „Dann" bleibt ihnen nichts anderes übrig, als sich an ihren alten

---

1) Vergl. die Tabelle am Schluß.

Plätzen Befriedigung zu suchen. Es ist dies schon in der vorstehenden Formel zum Ausdruck gebracht.

Hinzuzufügen ist aber noch, was in der Literatur noch nirgends bemerkt worden ist, daß auch D an III., also neuer Stelle rangiert. Wie kommt D dazu? C, der Inhaber der III. Stelle, hat doch keine Rangänderungserklärung zu Gunsten des D abgegeben? — Nein, aber A hat die ganz allgemeine Erklärung abgegeben, daß er dem D den Vorrang einräume; und dies ist — eben wegen der Allgemeinheit der Erklärung — auf alle Stellen zu beziehen, wo A seine Befriedigung finden kann, also auch auf die Stelle III (vergl. die obige Formel). Hier tritt D an den dem A zustehenden Platz hinter C und rangiert infolge seines Vorranges vor A. Demgemäß hat die Formel für die III. Stelle zu lauten:

III. C, dann D und dann A.

Zu beachten ist, daß C an III. Stelle dem D im Range vorgeht, während er ihm an I. Stelle gleichsteht!

Das Resultat der Rangänderung bei gleichzeitigem Vortreten mehrerer Posten ist also für diese hinsichtlich der verschiedenen Stellen verschieden. Es erscheint falsch, die Wirkung dieser Rangänderung einfach dahin zu bestimmen, daß man sagt: die vortretenden Posten gehen der zurücktretenden Post vor, sie rangieren untereinander in der Reihenfolge der Hauptposten. Die Wirkung ist vielmehr komplizierter Art: es rangieren, wie die vorstehenden Darlegungen ergeben,

bei I C und D zu gleichen Rechten, dann A,
„ III C, dann D, dann A,
„ IV D, dann A.

Das sogenannte „naturgemäße“, „selbstverständliche“ Resultat, daß die rangändernden Posten in der Reihenfolge ihrer Hauptstellen rangieren, wird nur erreicht, wenn die Beteiligten

eine dahin gehende Erklärung abgeben oder wenn der nunmehr zu erörternde Fall 2 vorliegt.

Fall 2. Wir nehmen an, daß A dem C und dann erst — vielleicht viele Wochen später — dem D den Vorrang einräumt. Die Folge der 1. Vorrangseinräumung zu Gunsten des C ist die, daß A mit C den Rang wechselt und an der I. wie an der III. Stelle hinter C zu stehen kommt, während D zunächst unberührt bleibt. Es ergibt sich folgendes Bild:

bei I C, dann A,
„ III C, dann A,
„ IV D.

Bei Betrachtung der späteren Vorrangseinräumung zu Gunsten des D ist der so gestaltete Stand des Grundbuchs zu beachten. Nach dem alten, durch die Motive zum BGB. — vergl. z. B. Bd. 3 S. 225 — ausdrücklich anerkannten Rechtsgrundsatze: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet, kann A dem D nicht Vorrechte einräumen, welche er dem C bereits übertragen hat. C darf verlangen, daß seine wohlerworbenen Rechte durch die spätere Rechtshandlung des A nicht verletzt werden. Er bleibt bei I und III in der vordersten Reihe stehen. D kann nur an die Stelle des nachstehenden A treten, diesen an allen Stellen verdrängend, nicht nur bei I und IV, sondern auch bei III, vergl. oben S. 55 bei β Abs. 2. Das Resultat ist folgendes: es rangieren nach der 2. Vorrechtseinräumung

bei I C, dann D, dann A,
„ III C, dann D, dann A,
„ IV D, dann A.

C rangiert also dem Range seiner Hauptstelle entsprechend überall vor D, und D wiederum überall vor A. Das ist ein höchst einfaches, mit dem Willen der Beteiligten wohl in den

meisten Fällen übereinstimmendes, erfreuliches Resultat, welches denn auch im Anschluß an die Kammergerichtsentscheidung vom 11. Juli 1900 von allen Schriftstellern als richtig anerkannt wird; vergl. Planck 1906, 3, 103, Turnau, Anm. 7 zu § 880 BGB., Oberneck 286, Predari 606, Güthe 835.

Fall 3. Höchst unerquicklich aber erscheint das von uns in dem 3. denkbaren Falle zu gewinnende Ergebnis. Umgekehrt wie in dem Falle 2 räumt A dem an letzter Stelle stehenden Gläubiger D zuerst das Vorrecht ein, dem vorgehenden Gläubiger C aber erst später, vielleicht erst nach Wochen oder Monaten. Dann ist die Sache ganz verkehrt.

Die Wirkung der zuerst vorgenommenen Rangänderung zu Gunsten des D ist unzweifelhaft die, daß D an I. Stelle wie an IV. Stelle in vorderster Reihe Befriedigung suchen kann und vor A rangiert, während C zunächst unberührt bleibt. Wir drücken dies aus mit der Formel: es rangieren

bei I D, dann A,
„ III C,
„ IV D, dann A.

Bei der später bewirkten Rangänderung zu Gunsten des C muß D an den Stellen I und IV in vorderster Reihe stehen bleiben, weil seine wohlerworbenen Rechte nicht beeinträchtigt werden dürfen; und C kann nur an die von A besetzten Plätze treten, weil dieser ihm nicht mehr Rechte übertragen kann, als er nach der 1. Vorrechtseinräumung noch hat. C verdrängt nur den A von den oben bezeichneten Stellen. Daraus entsteht folgendes Bild:

bei I D, dann C, dann A,
„ III C, dann (nicht D, sondern) A,
„ IV D, dann C, dann A.

An I. und IV. Stelle rangieren also infolge der beiden

in verkehrter Reihenfolge vorgenommenen Rangänderungen erst D und dann erst C. C ist hinter D getreten, obwohl er in der Hauptspalte vor ihm steht. An diesem Ergebnis ist nichts zu rütteln; es findet in der allerdings nur mangelhaften Literatur keinerlei Widerspruch und wird vom Kammergericht in der beregten Entscheidung sowie von Güthe 835 ausdrücklich gebilligt. Ersteres sagt:

> Anders verhält es sich, wenn zunächst einer Post der Vorrang eingeräumt ist und dann erst für eine 2. der Vorrang eingetragen werden soll. In diesem Fall (NB. Fall 2 und 3) vermag die letztere die ihr eingeräumte Stelle erst nach der ersteren geltend zu machen, da der Gläubiger der zurücktretenden Post bereits durch die 1. Vorrangseinräumung beschränkt ist und nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat.

Wir dürfen uns auch nicht irre machen lassen durch den Gedanken, daß C in eine nicht ganz ausgezeichnete Lage kommt, während D eine Stellung gewinnt, so günstig, wie er sie sich nur wünschen kann. Es mag dies Ergebnis oft dem Willen der Parteien widersprechen und sachlich nicht befriedigen. Die Gesetzgebung aber kann nichts dafür, ebensowenig die das Gesetz interpretierende Jurisprudenz; die Schuld an einem etwaigen Schaden der Beteiligten liegt lediglich in dem Parteiakt, der verkehrt vorgenommen worden ist.

Komplikation. Es bleibt zum Falle 3 nur noch zu erörtern, weshalb, wie oben schon angedeutet, an III. Stelle nicht auch D rangiert. Der Grund ist folgender. Bei der 1. Vorrangseinräumung zu Gunsten des D wurde C überhaupt nicht erwähnt; C blieb als Zwischenpost gemäß § 880 Abs. 5 BGB. unberührt an der III. Stelle allein stehen. Bei der 2. Vorrangseinräumung, die kurz dahin lautete, daß A der Post C den Vorrang einräumt, fand nun D keine Erwähnung,

so daß dessen Rechte unberührt gelassen werden müssen: wie er einerseits in seiner Rechtsstellung keine Beeinträchtigung erleiden darf, so kann ihm andererseits auch kein weiterer Vorteil zuwachsen. Daraus folgt, daß er bei der 2. Vorrangseinräumung nicht in die III. Stelle einrückt — es sei denn, daß A eine darauf bezügliche Zusatzerklärung abgibt, was dringend notwendig erscheint, um eine den Stellen I und IV entsprechende Reihenfolge „D, dann C, dann A" herbeizuführen. Es wird also durch die in verkehrter Weise bewirkte Rangänderung des Falles 3 an der III. Stelle eine ganz seltsame Komplikation erzeugt, welche in der Praxis wohl selten, in der Literatur aber unsers Wissens noch niemals beachtet worden ist; auch das oben zitierte Kammergerichtsurteil sagt nichts davon.

Y. Nachdem wir die 3 denkbaren Fälle des Vortretens mehrerer Posten im Range erledigt haben, schreiten wir zur Erörterung der Fälle des

Zurücktretens mehrerer Posten im Range.

Der Sachverhalt, den wir der Erörterung zu Grunde legen, ist folgender. Im Grundbuch von Cassel Bd. 70, Blatt Nr. 80 sind in Abteilung 3 unter Nr. 1 10000 M. für A, unter Nr. 2 10000 M. für B und unter Nr. 4 20000 M. für D hypothekarisch eingetragen. A und B räumen D den Vorrang ein. C — 10000 M. — bleibt als Zwischengläubiger ganz unberührt, § 880 Abs. 5 BGB. Ergibt sich in der Zwangsversteigerung des Grundstücks, wo die Wirkungen vorgenommener Rangänderungen in die Erscheinung treten, ein Erlös von 3 × 10000 M. + 20000 M., d. i. zusammen 50000 M., so kommen alle 4 Posten zur Hebung. Ergibt sich aber nur ein Erlös von 40000 M., so entfallen auf die 20000 M. der Abt. 3 Nr. 4 nur 10000 M. Hat der im Rang hinter D zurückgetretene Gläubiger A diese allein

zu beanspruchen? Oder gebührt dem — vielleicht zu gleicher Zeit — zurückgetretenen Gläubiger B ein Anteil mit 5000 M.? Die Gelehrten streiten darüber. Die Fehde, die, wie oben erwähnt, im Jahre 1904 im „Recht" zwischen Oberlandesgerichtsrat Kretzschmar, Ministerialrat v. Henle und Rechtsanwalt Wilisch geführt wurde, hat zu keinem sicheren Siege des einen oder des anderen geführt. Die seitdem erschienenen Kommentare begnügen sich, ohne sich auf die Seite des einen oder anderen zu schlagen, mit einem kurzen Hinweis auf den herrschenden Streit. Die Entscheidung bietet meines Erachtens aber keine größeren Schwierigkeiten, als welchen wir bisher begegnet sind. Wir dürfen uns nur nicht durch Phrasen irre machen lassen, wie wir sie in der Zeitschrift für das Notariat finden, welche in ihrem die Abhandlungen der 3 Genannten kritisierenden Artikel Jahrg. 1904 Nr. 12 S. 257 die Redensart verwendet, daß „die Kretzschmarsche Lösung nicht im Geiste des Gesetzes liege". Wir müssen vielmehr der Sache auf den Grund gehen und die Entscheidung über die Wirkungen der bewegten Rangänderung wieder aus dem Wesen der Rangänderung zu gewinnen suchen. Wir werden dabei die für den Fall des Vortretens mehrerer Posten gemachten Ausführungen benutzen können und zu ähnlichen Resultaten gelangen. Denn wenn auch „ein anderes Sachverhältnis zu Grunde liegt", wie der letzterwähnte Artikel zwecks Verwerfung der Heranziehung der Kammergerichtsentscheidung vom 11. Juli 1900 hervorhebt, so handelt es sich doch immer um etwas wesentlich Gleiches. In dem Falle X treten mehrere Posten vor; in dem Falle Y treten mehrere Posten zurück; in beiden Fällen wechseln verschiedene Posten, vor- und zurücktretend, ihren Rang. Zu unterscheiden sind wiederum 3 Fälle: Die Rangänderung zu Gunsten des D wird erklärt (und eingetragen)

1) von A und B in einer Urkunde oder zu gleicher Zeit,
2) zuerst von A, später von B,
3) zuerst von B, später von A.

Fall 1. Begründung. Rangänderung ist Rangwechsel. Es werden nicht die — nur den Rang ändernden — Posten miteinander ausgetauscht, sondern nur die verschiedenen Rangverhältnisse, d. h. die ihnen innewohnenden, einer gewissen Selbständigkeit fähigen und daher ablösbaren Befugnisse, sich an den betreffenden Stellen kraft dinglichen Rechts Befriedigung zu suchen. Es wird, um mit dem Kammergericht zu reden, so angesehen, als ob die vortretenden Posten an Stelle der zurücktretenden und die zurücktretenden an Stelle der vortretenden eingetragen wären. Die zurückgetretenen Posten A und B stehen also hinsichtlich ihres Ranges, ihrer Befriedigungsmacht, an Stelle der vorgetretenen Post D, an Stelle IV — Abteilung 3 Nr. 4. Stehen aber Rechte — seien es Hauptrechte, seien es Nebenrechte — unter einer Nummer des Grundbuches eingetragen, so haben sie, wie oben eingehend dargelegt ist, gleiche Rechte. A und B nehmen also an dem auf die Stelle IV fallenden Kaufgeldererlös gleichen Anteil; in dem obigen Beispiel bekommt jeder 5000 M. Sie rangieren an der Stelle IV nicht in der Reihenfolge, in der die Stellen I und II stehen. Wollen die Beteiligten letztere Reihenfolge auch an der Stelle IV begründet wissen, so bedarf diese von der gesetzlichen Norm „abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses der Eintragung ins Grundbuch" nach § 879 Abs. 3 BGB. Es verhält sich also genau so wie in dem Falle X 1, wo mehrere Posten zu gleicher Zeit im Range vortreten und an der bevorzugten Stelle gleiche Rechte erlangen.

Das gewonnene Resultat wird zwar nur von Kretzschmar und dem oben unter X 1 erörterten Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 24. November 1905 gebilligt, von

ersterem mit gleicher Begründung. Es entspricht aber sicherlich auch der Ansicht aller oben bei X 1 aufgeführten Schriftsteller, wie Turnau, Jäckel, welche den zu gleicher Zeit vorgetretenen Rangrechten, weil sie unter einer Nummer eingetragen sind, gleiches Recht einräumen: denn, was den vortretenden Rangrechten recht ist, das ist den zurücktretenden billig; die Entscheidung muß gleich lauten, „wenn auch ein anderes Sachverhältnis zu Grunde liegt". Wir können somit der Gewißheit leben, daß unser — im Wesen der Rangänderung gegründetes — Resultat fast allgemeine Billigung finden wird.

Einwände. Gegen die Richtigkeit des Resultates kann wiederum eingewendet werden, daß „es mit dem offenbaren Willen der Parteien nicht in Einklang zu bringen sei" — vergl. Wilisch im „Recht" 1904, 625 fg.; Schuberth im Sächsischen Archiv, Jahrg. 1, 194 — und „den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht Rechnung trage, also nicht sachgemäß sei" — vergl. Zeitschrift für das Notariat 1904 Nr. 12, 257. Darauf muß, wie in dem oben erörterten Fall X 1, erwidert werden, daß — mag auch die Erfahrung des praktischen Lebens die Willensmeinung der Beteiligten vermuten lassen, daß die Rangfolge der Hauptstellen auch an den infolge der Rangänderung zu besetzenden Stellen gelten soll — diese Willensmeinung in dem erwähnten kurzen Rangänderungsvermerk nicht zum Ausdruck kommt, und daß es in dem vielgestaltigen Leben eine Menge Fälle gibt, wo die Willensmeinung der Beteiligten eine gegenteilige ist. Es genügt die Anführung eines Beispiels. Eine Bank D will mit ihren an IV. Stelle stehenden Baugeldern an I. und II. Stelle treten oder wenigstens das Rangrecht derselben erwerben. Der Gläubiger A, dem das Grundstück früher gehört hat, ist zum Rücktritt bereit. Ob aber auch der Gläubiger B, der dem

neuen Grundstückseigentümer als Verwandter das Geld zur Anzahlung geliehen hat? Wird er stets gewillt sein, hinter eine große Bankhypothek und noch eine Restkaufgeldhypothek zurückzutreten? Wird er nicht manchmal sagen: nein, so weit geht die verwandtschaftliche Liebe nicht; ich will zwar zurücktreten, aber der Gläubiger A, der sein altes Grundstück glücklich losgeworden ist, soll wenigstens dasselbe Risiko tragen wie ich; er soll an der Stelle des D nicht mehr Rechte haben als ich? — Das ist ein Fall, und es lassen sich, wie schon Strohal, 1880, a. a. O. 66 hervorhebt, noch mancherlei Verhältnisse denken, welche den Rücktritt veranlassen, und welchen der Wille der Beteiligten zu Grunde liegt, daß an der von den zurücktretenden Rechten zu erwerbenden Rangstelle die Reihenfolge der Hauptstellen nicht aufrecht erhalten wird. Ist aber der Wille der Beteiligten zweifelhaft, so bleibt wiederum nichts weiter übrig, als sich an den die Rangänderung begründenden Formalakt der Eintragung zu halten und die gesetzliche Wirkung derselben so zu bestimmen, wie geschehen. Die Gegenansicht des Landgerichts Dresden, vergl. Beschluß vom 27. Juni 1900, CBlFG. Jahrg. 1, 264:

> Im Zweifel ist nicht gleicher Rang mehrerer zurücktretenden Rechte beabsichtigt, sondern Beibehaltung der alten Rangverschiedenheit. Das kommt auch in dem Rangveränderungseintrag ohne weiteres zum Ausdruck. Daher auch Beibehaltung der alten Rangverschiedenheit an der Stelle des vortretenden Rechts,

ist, wie schon oben bei X 1 des näheren ausgeführt, jedenfalls hinsichtlich der dinglichen Seite der Rangänderung zu verwerfen. Aus demselben Grunde muß der durch v. Henle im „Recht" 1904, 597 fg. nach Erörterung der nachstehenden Fälle 2 und 3 aufgestellte, allgemein gefaßte Satz als unrichtig bezeichnet werden,

„daß, mag die Einreichung der einzelnen Erklärungen . . . in einer Reihenfolge wie immer geschehen, sich in Ansehung der Stelle der Hypothek mit der Einreichung der letzten Erklärung stets das nämliche Ergebnis zeigt, wie wenn die . . Rücktrittserklärungen zusammen vorgelegt worden wären", nämlich, daß stets die alte Reihenfolge herrscht. Wir wissen: an Stelle IV herrscht sie nicht; da stehen die gleichzeitig eingetragenen Rangrechte A und B zu gleichen Rechten.

Gegen die Richtigkeit des von Kretzschmar gewonnenen, von uns gebilligten Resultates wird noch von Rechtsanwalt Wilisch a. a. O. heftig polemisiert, neuerdings auch von Rechtsanwalt Schuberth a. a. O. Letzterer geht von der nach Obigem irrigen Annahme aus, daß Kretzschmars Ausführungen, deren Resultate ihm nicht gefallen, „ihre Grundlage in dem Prinzip des sogenannten Stellentausches" haben, und eifert gegen die Ansicht, daß Rangänderung Stellentausch sei. Rangänderung sei vielmehr Einräumung des Rechts auf Vorausbefriedigung aus dem Zwangsversteigerungserlös. Er stellt sich also auf dieselbe Grundlage wie wir. Trotzdem kommt er zu entgegengesetzten Resultaten und meint, daß es gleichgültig sei, ob der Rücktritt von A und B hinter D gleichzeitig erfolgt, oder ob früher oder später; dem A werde der zu seiner Befriedigung erforderliche Teil immer vor B zugewiesen. An einer wirklichen Begründung dafür läßt es aber Schuberth fehlen. Er hebt im wesentlichen nur hervor, daß „die von ihm gezogenen Folgerungen seines Erachtens richtig seien" und daß „lediglich seine Auslegung dem Gesetze entspräche".

Rechtsanwalt Wilisch geht seinerseits gleichfalls von falschen Voraussetzungen aus. Er stellt sich auf den vom Reichsgericht für das frühere Recht verfochtenen, von Schöller, v. Staudinger und einigen anderen gebilligten Standpunkt

(vergl. Urteil des RG. vom 25. Nov. 1884, Entsch. f. Civils. 12, 203 fg.; Schöller, Die Vorrechtseinräumung 1895 S. 12, 44, 55; v. Staudinger, BGB. 1898, 38), daß Prioritätscession seinem Begriffe nach ist:

Verzicht des Zurücktretenden auf das ihm gegen die Hintermänner zukommende Vorrecht, oder Verfügungsbeschränkung der zurücktretenden Post zu Gunsten der Vortretenden.

Dieser Standpunkt aber ist nach 1900 von der Theorie fast ausnahmslos verlassen und für das BGB. nicht mehr maßgebend; wie oben dargelegt, ist Rangänderung weiter nichts als gegenseitige Abtretung des Ranges mit dinglicher Wirksamkeit, eine Art Cession, also kein Verzicht und keine Verfügungsbeschränkung im technischen Sinne.

Rechtsanwalt Wilisch stützt seine Ausführungen ferner darauf, daß „die sogenannte Lokustheorie dem Gesetzbuch fremd ist". Auch dies kann als richtig nicht bezeichnet werden. Allerdings ist in den Protokollen der II. Kommission 3, 98 gesagt, „daß weder der Entwurf noch die Kommission von der sogenannten Lokustheorie ausgingen", daß also die Lokustheorie, das Prinzip des festen Ranges der Grundbuchrechte, welches die Gläubiger an den ihnen durch die Eintragung zugewiesenen, ihrem Rang entsprechenden Platz bannt, im BGB. keine Geltung habe. Aber in den materiellen Bestimmungen des BGB. tritt sie unverkennbar hervor. Sie zeigt sich in der Ausgestaltung der Eigentümerhypothek, §§ 1163 fg., der Vorrangseinräumung betreffend die Zwischenposten, § 880 Abs. 5, und des Rangvorbehaltes, § 881. Es bedarf das keiner näheren Ausführung. Uns ist durch die Praxis des Hypothekenverkehrs der Satz fast in Fleisch und Blut übergegangen, daß es der Regel nach kein Vorrücken von Hypotheken gibt, und es herrscht darüber heutzutage fast volle Einmütigkeit. Es sei nur auf die eingehende Abhandlung von

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht 1904, 636 fg. hingewiesen; vergl. auch Endemann, Einführung in das BGB. 1905, 2 Teil 1 S. 754, 755. Daß von dem Prinzip der festen Stelle eine Ausnahme gemacht wird in dem Falle der völligen Aufhebung der Hypothek oder der Löschung der Eigentümergrundschuld infolge Verzichts des Eigentümers kann das herrschende Prinzip nicht aufheben, sondern nur bestätigen. Geht aber Rechtsanwalt Wilisch durch Verwerfung der Lokustheorie von falschen Voraussetzungen aus, so können auch die Folgerungen, zu denen er kommt, nicht richtig sein, und es kann uns nicht verwundern, wenn er zu einem anderen Schlusse gelangt als wir. — Die Einwände, welche gegen das von uns gewonnene Resultat erhoben werden, können nicht als begründet erachtet werden. Wir verbleiben dabei:

Mangels Eintragung einer abweichenden Bestimmung im Grundbuche erlangen mehrere im Rang zurücktretenden Rechte an der Stelle des vortretenden Rechts gleiche Rechte, sie sind an der Stelle anteilsmäßig zu befriedigen.

Komplikationen. Es fragt sich nur, welche Veränderungen sonst noch, insbesondere an den anderen Stellen vorgehen.

α) Die Post D, welche infolge der beregten Rangänderung sich an der Stelle I und II befriedigen kann, wird unter Umständen gezwungen sein, ihre Befriedigung auch an der alten Stelle IV zu suchen. Dies ist der Fall, wie wir oben gesehen haben, wenn die ersteren beiden zur Befriedigung von D nicht ausreichen oder wenn der Vorrang in Wegfall kommt — Fälle c, d, e. „Dann" aber, namentlich bei Unzulänglichkeit des Versteigerungserlöses, geht sie auch an der IV. Stelle den Posten A und B vor, welche ihr ganz allgemein, also an allen Stellen den Vorrang eingeräumt haben, wo sie zu stehen kommen. Wir bringen dies zum Ausdruck mit der Formel:

An IV. Stelle rangieren D und „dann" zu gleichen Rechten A und B.

β) Andererseits kann auch die Post A wie die Post B an ihrer alten Stelle zum Zuge gelangen. Dies nämlich, wenn D kleiner ist oder in Wegfall kommt — Fälle a und b. „Dann" ist für A oder B noch (oder wieder) Platz an ihren alten Stellen, und sie können daselbst Befriedigung suchen, natürlich stets erst nach dem vorgetretenen D. Wir drücken dies aus mit den Worten: es rangieren

bei I D, dann A,
„ II D, dann B.

Zu bemerken ist hierbei, daß A an der Stelle des B nichts zu suchen hat. Würde also A aus der Stelle I keine Befriedigung erlangen, dann kann er nicht etwa sich an den auf die Stelle II fallenden Versteigerungserlös halten. Dieser fällt vielmehr dem B anheim, welcher zu Gunsten des A keinerlei Erklärung abgegeben hat und sich aus seiner Position bei II nicht verdrängen lassen wird. A kann sich dann nur an der Stelle IV befriedigen, wohin er durch die Rangänderung freiwillig zurückgetreten ist.

Wir sehen also auch hier wie in dem Falle X 1, daß die Wirkung der Rangänderung an den verschiedenen Stellen eine verschiedene, ziemlich komplizierte ist. Es geht nicht an, einfach zu sagen: erst kommt D, dann A, dann B. Es rangieren vielmehr, um es zusammenzufassen:

bei I D, dann A,
„ II D, dann B,
„ IV D und dann zu gleichen Rechten A und B.

Fall 2. Begründung. Wie gestaltet sich nun das Rangverhältnis zwischen den im Rang zurücktretenden Posten, wenn, was keine Seltenheit ist, der Rücktritt zu Gunsten des D erst von A und dann — vielleicht erst einige Wochen später

— von B erklärt, also die Reihenfolge der Hauptposten beobachtet wird? Der zunächst verlautbarte Rücktritt des A bringt folgende Wirkungen bei Besetzung der Rangstellen hervor: es rangieren

bei I D, dann A,
„ IV D, dann A; es bleibt
„ II B

unberührt stehen. — Durch den später verlautbarten Rücktritt aber wird das Bild folgendermaßen geändert: es rangieren

bei I D, dann A,
„ II D, dann B,
„ IV D, dann A und dann erst B.

Die Besetzung der Stellen I und II in der Reihenfolge: erst D, dann A bezw. B, entspricht dem Willen der Parteien, welche dem D den Vorrang eingeräumt haben, und bedarf keiner weiteren Erörterung. Es fragt sich nur und ist in der Literatur bestritten, ob an IV. Stelle nach D erst A und dann B — vergl. Henle und Wilisch — oder erst B und dann A — vergl. Kretzschmar — Befriedigung findet. Wir gewinnen unser Resultat: erst A und dann B, ähnlich wie in dem oben erörterten Falle X 2, wiederum aus dem alten Rechtsgrundsatz, den schon Küntzel für das frühere Recht als Leitsatz „zur Lehre von der Vorrechtseinräumung" aufgestellt hat, vergl. Rassow und Küntzel 26, 68 fg.: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Da infolge der 1. Rücktrittserklärung an IV. Stelle A direkt hinter D getreten war und dort seine Befriedigung suchen konnte für den Fall, daß nach irgend welcher Befriedigung oder nach Wegfall von D ein Versteigerungserlös übrig blieb, so mußte dieser Platz, den D, selbst vortretend und den Rang wechselnd, dem A eingeräumt hatte, von D bei der 2. Vorrangseinräumung berücksichtigt werden: D hat nicht mehr das Recht, über den von A schon

besetzten Platz in beliebiger Weise zu verfügen. Oder umgekehrt ausgedrückt: A braucht sich in seiner Rechtsstellung bei IV nicht verdrängen zu lassen, er kann gegen jede Beeinträchtigung durch eine spätere Rechtshandlung anderer protestieren. Wenn B später dem D den Vorrang einräumt und somit auch B seinen Rang wechselt und an die IV. Stelle rückt, so darf er die wohlerworbenen Rechte des A an dieser Stelle nicht verletzen; er ist gezwungen, hinter A zu treten und erst nach diesem seine Befriedigung zu suchen. A wird durch die 2. Vorrangseinräumung nicht berührt und ist bei dieser als Zwischengläubiger im Sinne des § 880 Abs. 5 BGB. anzusehen.

Die vorstehende Begründung stimmt genau mit dem überein, was wir oben zu dem analogen Fall X 2 gesagt haben. Man könnte daher annehmen, daß sie die allgemeine Billigung der Theorie und Praxis finde, welche in dem Falle X 2 einmütig unserer Ansicht zustimmen. Sie findet denn auch nur den Widerspruch Kretzschmars, während v. Henle, Wilisch, Zschoche und Schuberth — wenn auch zum Teil auf andere Weise — zu demselben Resultate kommen wie wir. Kretzschmar muß sein Ergebnis: erst B, dann A, selbst als äußerst befremdend bezeichnen; es läuft auf den biblischen Satz hinaus: die ersten werden die letzten sein. Während nämlich A infolge des Rangwechsels mit D zuerst an die IV. Stelle getreten war, soll er nach dem 2. Rangwechsel zwischen B und D sich erst an letzter Stelle befriedigen können.

Einwände. Die Erklärung aber, welche Kretzschmar für sein äußerst befremdendes Ergebnis gibt, erscheint nicht überzeugend.

„Es ist die notwendige Folge", so sagt er, „von der Vorschrift des § 880 Abs. 5 BGB., daß Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, durch die Rangänderung nicht berührt werden. Zu-

folge dieser Vorschrift tritt ein Recht" — in unserem Beispiele A — „durch die Einräumung des Vorranges an ein ihm nicht unmittelbar nachfolgendes Recht" — D — „zugleich hinter die Zwischenrechte" — insbesondere B — „zurück, und an diesem sich durch die Eintragung der Rangänderung vollziehenden Rücktritt wird auch durch einen späteren Rücktritt des Zwischenrechts" — B — „hinter dasselbe Recht" — D — „nichts geändert, so daß also dieser spätere Rücktritt sich nur auf denjenigen Teil des vortretenden Rechts" — D — „erstreckt, mit dem dieses trotz der früheren Rangänderung dem Zwischenrechte" — B — „noch nachgeht."

Der sehr schwer verständliche Sinn dieser Begründung ist kurz folgender: weil B bei der 1. Vorrangseinräumung als Zwischenpost fungiert, deren Rechte nach § 880 Abs. 5 nicht beeinträchtigt werden dürfen, so bleibt B unberührt an der Stelle II stehen, ja, er kommt sogar bei der 2. Vorrangseinräumung an IV. Stelle vor A zu stehen. Letztere Folgerung erscheint nicht schlüssig. Denn bei der 2. Vorrangseinräumung kommt B nicht als Zwischenpost in Betracht, sondern ist die bei der nunmehrigen Vorrangseinräumung selbst beteiligte Post, welche zurücktritt. Die Post, welche nunmehr als Zwischenpost berücksichtigt werden muß, ist die bei der 2. Vorrangseinräumung nicht beteiligte Post A. — Wenn Kretzschmar in dem obigen Zitat weiterhin ausdrücken will, daß A schon bei der 1. Vorrangseinräumung erklärt habe, er trete hinter B, und dies beziehe sich nicht nur auf die Stelle II, sondern auch auf die Stelle IV, wo B später einmal zu stehen kommen könnte, so muß dem entgegengehalten werden, daß bei dem 1. Rücktritt des A vielleicht noch gar nicht an den 2. des B zu denken war und keinerlei Anhalt dafür vorhanden ist, daß A „zugleich hinter die Zwischenrechte", gleichviel wo dieselben später einmal zu stehen kommen, treten wollte. Im Gegenteil

wollte A an die Stelle des D bei IV unmittelbar hinter diesen treten und sich bei IV in vorderster Reihe Befriedigung suchen, sobald D diese aus irgend einem Grunde nicht benutzen sollte. Der Grund dafür kann auch eine Rangänderung sein, welche dem D an einer anderen Stelle — II — Befriedigung verschafft, vergl. oben S. 47 zu b. A wollte keinesfalls jemand an IV. Stelle vor sich treten lassen. — Zur Begründung seiner Ansicht fügt Kretzschmar hinzu, daß dem 2. Rücktritt nur noch wegen des Restbetrages Bedeutung zukomme, der im Falle der Befriedigung aus der Stelle I für die vortretende Post D ungedeckt sei und bei IV in vorderster Reihe stände. Wenn also die Posten A und B je 10000 M. und die Post D 20000 M. betragen, so hätte, wie Kretzschmar meint, der Gläubiger D nach der 1. Vorrangseinräumung, die ihm ein Recht auf die 10000 M. des A gibt, nur noch ein Interesse an den restlichen 10000 M., und wenn nun B ihm den Vorrang mit der Post II einräume, so bezöge sich das nur auf die restlichen 10000 M. des D, die an IV. Stelle in 1. Reihe stünden: nur mit diesen tausche er den Rang des B aus. Das aber erscheint meines Erachtens unrichtig. Das Interesse, welches D an der 2. Vorrangseinräumung hat, besteht zum vollen Betrage der Post in Höhe von 20000 M.: denn wenn der Vorrang vor A aus irgend einem Grunde in Wegfall kommt, vergl. die obigen Fälle d und e, dann will sich D mit 10000 M. an II. Stelle und mit 10000 M. an IV. Stelle und zwar in der 1. Reihe befriedigen, so daß B doch in die 2. Reihe der Stelle IV tritt. Das muß B wissen, und demgemäß lautet auch seine Erklärung: ich, B, räume der Post D von „20000 M." den Vorrang ein. Die Erklärung ist also nicht nur auf die restlichen 10000 M. des D zu beziehen, wie Kretzschmar meint. Sie ist vielmehr, weil sie auch die inzwischen wohlerworbenen Rechte des A an der IV. Stelle be-

rücksichtigen muß, der nunmehr als Zwischengläubiger in Betracht kommt, auf die ganzen 20000 M. zu beziehen, welche an IV. Stelle stehen, gleichviel ob sie dem — vortretenden — D oder dem — Zwischengläubiger — A zustehen. Falls B etwas anderes beabsichtigte, dürfte er der Vorrangseinräumung nicht die allgemeine Fassung geben: ich räume der Post D von 20000 M. — oder der Post Abt. 3 Nr. 4 — den Vorrang ein. Vergl. dazu Zschoche a. a. O.

Nach alledem können die Gründe, welche Kretzschmar für seine Ansicht ins Feld führt, nicht als überzeugend erachtet werden. Im Gegenteil müssen wir aus den oben dargelegten Gründen dabei verbleiben, daß in unserem Falle an IV. Stelle die naturgemäße, der Reihenfolge der Erklärungen entsprechende Rangordnung besteht: erst D, dann A und dann erst B.

Komplikation. Zu bemerken ist ebenso wie in dem vorgehenden Falle Y 1, daß bei I nur D und A, bei II nur D und B rangieren, daß also A nichts an der II. Stelle zu suchen hat, was für diesen z. B. bei einem Erlös von nur 15000 M. unangenehm werden könnte, wenn D sich mit 10000 M. für vollbefriedigt erklärte und so die 5000 M. der II. Stelle an B fielen. Weiteres ist zu dem Falle Y 2 nicht zu sagen. Wie steht es aber in dem

Fall 3, wenn erst B und dann A dem D den Vorrang einräumen, d. h. wenn die Reihenfolge der Eintragungen der Vorrangseinräumungen umgekehrt ist wie die Reihenfolge der Hauptposten A und B? Dann wird das Resultat wieder ein verkehrtes wie in dem analogen Falle X 3!

Die 1. Vorrangseinräumung führt unbestritten zu dem Ergebnis: es rangieren

bei I A,
„ II D, dann B,
„ IV D, dann B.

Die spätere Vorrangseinräumung aber bringt folgendes Resultat hervor: es rangieren

bei I D, dann A,
„ II D, dann B,
„ IV D, dann B und dann erst A.

Die Rangstellung bei I und II ist unzweifelhaft; zu bemerken ist nur noch, wie vorher bei Y 2, daß A an der Stelle II nichts zu suchen hat. Die Rangstellung bei IV ist bestritten: nicht nur v. Henle, Schuberth und Wilisch, sondern auch Kretzschmar meinen, daß B hinter A rangiert, erstere in Befolgung des von ihnen aufgestellten Grundsatzes, daß immer die Reihenfolge der Hauptposten als die „naturgemäße" entscheide, letzterer in Umkehrung des in dem entgegengesetzten Falle Y 2 Dargelegten. Es erübrigt sich, diese Auseinandersetzungen hier nochmals zu widerlegen. Wir brauchen nur das vorstehend Gesagte zu wiederholen und zu betonen, daß vor allem der Rechtsgrundsatz anzuwenden ist: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet, oder, wer zuerst kommt, mahlt zuerst. Daraus folgt, daß B, der zufolge der 1. Vorrangseinräumung direkt hinter D getreten ist, dort auch nach der 2. Vorrangseinräumung stehen bleibt und daß A sich mit dem noch übrigen, letzten Platze begnügen muß. Die Reihenfolge bei IV ist demnach: erst D, dann B und zuletzt A. Wenn A sich darüber beschwert, so muß ihm erwidert werden, daß er sich die Schuld an seiner schlechten Rangstellung selbst zuzuschreiben hat; warum wartet er mit seiner Vorrangseinräumung, bis die IV. Stelle bereits durch B besetzt war? Rechtsunkenntnis kann ihm nur schaden. Dem Gesetz ist kein Vorwurf zu machen.

Resultat. Fassen wir die oben in den Fällen X und Y gewonnenen Resultate kurz zusammen, so müssen wir sagen, daß das Verhältnis mehrerer im Rang vortretenden oder zurück-

tretenden Posten zueinander sich nicht, wie die gemeine Meinung ist, in jedem Falle nach der Reihenfolge der Hauptposten bestimmt, daß vielmehr nach dem Grundsatze: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet, die Zeit der Eintragung der verschiedenen Vorrechtseinräumungen von ausschlaggebender Bedeutung ist und daß, wenn die Eintragungen zu gleicher Zeit und ohne besondere Bemerkungen erfolgen, die betreffenden vortretenden oder zurücktretenden Posten an den Stellen, wohin sie mit ihrem Rangrechte rücken, gleiche Rechte haben. Im einzelnen ergeben sich mancherlei Komplikationen, welche im Vorstehenden erörtert sind und in der nachstehenden Tabelle zum Ausdruck gebracht werden. — Damit schließen wir den theoretischen Teil unserer Erörterungen.

Praktischer Teil.

Welche Lehren ziehen wir aus ihnen für die Praxis? Wir gelangen zu der Ueberzeugung, daß über das Verhältnis mehrerer im Rang vorgetretenen oder zurückgetretenen Posten zueinander oftmals Streit entstehen wird.

Rechtsbehelfe gegen falsche Eintragungen.

Es wird der durch die Eintragung der Rangänderuug zu Unrecht Benachteiligte versuchen, die ihm ungünstigen Wirkungen der Eintragung zu beseitigen. Meist aber wird ihm dieser Versuch mißlingen. Denn die Eintragung ist für das Rangverhältnis maßgebend, sie erzeugt formale Rechtskraft; vergl. Jäckel, a. a. O. 56; Fuchs, a. a. O. 86; Endemann, a. a. O. S. 52, 54; Kretzschmar im „Recht", Jahrg. 1904, 516 fg. und im CBlFG. Jahrg. 2, 716 (a. M.?); Böthke bei Gruchot 45, 186; Cosack, a. a. O. 31; Planck, BGB. 1906, 3, 99 fg. „Der Inhalt des Grundbuchs gilt als richtig", so sagt § 892 Abs. 1 BGB. Der dritte Erwerber der bevorzugten Post verliert seinen guten Glauben

nicht durch den abweichenden Inhalt der Grundakten, in denen sich vielleicht Urkunden befinden, welche ergeben, daß die Eintragungen der Rangänderungen in einer dem Präsentatum der Urkunden zuwiderlaufenden Weise erfolgt sind. Ja, nicht einmal die **mala fides**, die Kenntnis von dem Vorliegen eines früheren Antrages, würde dem dritten Erwerber schaden. Denn der durch die Eintragung erzeugte Rang besteht einmal und kann mit der Post an Dritte veräußert werden, welche sich um die der Eintragung der Rangänderung zu Grunde liegenden Obligationen nicht zu kümmern brauchen; vergl. Urteil des RG. in den RGZ. 57, 280 fg.(!); Turnau, 1, 147; 2, 108; Oberneck 276. Die Obligation bindet nur den persönlichen Kontrahenten und seine Erben. Auch eine Bereicherungsklage gegen den dritten Erwerber der bevorzugten Post führt nicht zum Ziele, wenn das Gericht sich der vorerwähnten Entscheidung des Reichsgerichts anschließt, welche zwar durch v. Henle, DJZ. Jahrg. 10 Sp. 28 als nicht überzeugend bezeichnet wird, in der Praxis aber sicherlich die größte Beachtung findet; vergl. dazu Endemann, a. a. O. 2, 54; Turnau-Förster, a. a. O. 1, 138; Oberneck, a. a. O. 197; Fuchs, a. a. O. 1, 89. Im Klagewege wird also selten etwas zu erreichen sein. — Aber auch andere Rechtsbehelfe versagen. Eine Beschwerde gegen die erfolgte Eintragung der Rangänderung ist unzulässig, § 71 Abs. 2 GBO. Die Eintragung eines Widerspruches nach § 54 GBO. erscheint zwecklos, weil dadurch das durch die erfolgte Eintragung bewirkte Rangverhältnis nicht geändert oder beeinflußt werden kann; vergl. das beregte Urteil des RG., sowie Fuchs, a. a. O.; Johow 20 A, 183; Endemann 2, 54; Planck, a. a. O. 101; a. M. Kretzschmar im SächsArch. 11, 30, und im CBlFG. 2, 718.

So bleibt denn dem Zurückgesetzten unter Umständen nichts anderes übrig als eine persönliche Schadensklage nach § 839 BGB., § 12 GBO. gegen den Grundbuchrichter bezw.

den Staat. Der Regreß droht! Die Gefahr ist da! Das wird von allen betont, welche sich mit unserem Thema beschäftigen; vergl. neuerdings insbesondere Schuberth im Sächsischen Archiv für Rechtspflege, Jahrg. 1 S. 193.

Mittel zur Verhütung von Schäden.

Wie ist der Gefahr zu begegnen? Nicht anders als durch eingehendes Studium des Wesens und der Wirkungen der Rangänderungen, durch genaue Beachtung der schwebenden Streitfragen und vor allem durch gehörige Sorgfalt bei Abfassung der Form der Urkunden und Eintragungsvermerke. Die von Schuberth angeregte Aenderung des bestehenden Rechts im Wege der Gesetzgebung dürfte nicht so bald zu erwarten sein.

Die Richter und **Notare**, die Rangänderungserklärungen aufnehmen, und die Privatleute, die sie selbst abfassen, um sie notariell oder gerichtlich beglaubigt einzureichen, dürfen nicht einfach die Worte gebrauchen, daß die Posten A und B der Post D den Vorrang einräumen oder daß die Post A hinter die Posten C und D im Range zurücktritt; sondern sie haben zugleich stets zu vermerken, in welchem Verhältnis die zurücktretenden oder vortretenden Posten zueinander stehen sollen; ob an den Stellen, in die sie hinsichtlich des Rangrechts rücken, das Rangverhältnis der Hauptposten aufrecht erhalten werden soll oder nicht. Sie haben dafür zu sorgen, daß die der Willensmeinung sämtlicher Beteiligten entsprechende Rangordnung auch wirklich im Grundbuch eingetragen wird. — Zur Vermeidung von Verwickelungen werden die sämtlichen Erklärungen am besten in einer Urkunde abgegeben; auf diese Weise wird zugleich der sichere Nachweis für die der Rangänderung zu Grunde liegende Einigung der Beteiligten erbracht und dem Grundbuchamt eine zweifelsfreie Unterlage

für die Eintragung geboten. Die Abfassung zusammengehöriger Rangänderungen in verschiedenen Urkunden ist auch um deswillen zu vermeiden, weil der einzelne Gläubiger, der die betreffende Urkunde dem Grundstückseigentümer oder einem anderen Gläubiger oder einem Notar zur weiteren Veranlassung aushändigt, seinen Einfluß auf die Bestimmung der Zeit der Einreichung und Eintragung verliert. — Wenn das Rangverhältnis der Hauptposten überall aufrecht erhalten werden soll, dann darf die Einreichung der Rangänderungsurkunden keinesfalls zu verschiedenen, die Reihenfolge verschiebenden, Zeiten erfolgen, sondern muß gleichzeitig geschehen; aber auch dies genügt nach der herrschenden Meinung nicht, weil die vor- und zurücktretenden Posten an den neu zu besetzenden Stellen gleichberechtigt werden; vergl. Fall X 1 und Fall Y 1.

Für **Formularbücher**, welche bisher noch keinerlei Rücksicht auf den erörterten Punkt genommen haben, empfiehlt es sich, in dem Muster für Grundbuchanträge und Eintragungsbewilligungen einen bezüglichen Vermerk aufzunehmen, der die Leser zwingt, ihn bei Abfassung ihrer Urkunden in Erwägung zu ziehen. Der Vermerk kann lauten:

Die Beteiligten erklären ihr Einverständnis, daß die mehreren vortretenden — zurücktretenden — Posten die unter ihnen bestehende Rangfolge auch an den neuen Stellen haben, in die sie hinsichtlich des Rangrechts rücken.

Bei der grundbuchlichen Verlautbarung der Rangänderungen hat der **Grundbuchrichter** auf das Verhältnis der mehreren vor- und zurücktretenden Rechte zueinander auf das schärfste zu achten, weil die Eintragung dies Rangverhältnis begründet und ohne Zustimmung aller Beteiligten nicht mehr zu ändern ist.

Ist das Verhältnis in den überreichten Urkunden erwähnt, so muß es demgemäß im Grundbuch genau und erschöpfend

vermerkt werden; eine Ergänzung des Vermerks durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligungen ist nach § 874 BGB. zulässig (vergl. Planck, BGB. 1906, 3, 92), erscheint aber nicht empfehlenswert.

Gehen die Rücktrittserklärungen zusammen ein, ohne daß über jenes Verhältnis eine Bemerkung gemacht ist, was als Regelfall erscheint, so hat der Grundbuchrichter den gleichzeitigen Eingang zum Ausdruck zu bringen, indem er im Grundbuch einträgt: z. B.

Post A hat den Posten C und D zugleich das Vorrecht eingeräumt.

Werden aber die Rücktrittserklärungen, die eigentlich zusammengehören, ohne weitere Bemerkung zu verschiedenen Zeiten vorgelegt, z. B. weil sich die Legitimation der an der einen Post beteiligten Erben des Gläubigers verzögert hat — was öfter vorkommt, als v. Henle meint, vergl. a. a. O. 597 — dann hat der Grundbuchrichter die Reihenfolge der Eingänge genau zu beachten. Er wird dazu durch § 17 GBO. gezwungen, welcher bestimmt, daß, falls mehrere Eintragungen beantragt werden, durch die dasselbe Recht betroffen wird, die später beantragte Eintragung nicht vor Erledigung des früher gestellten Antrages erfolgen darf, vergl. auch § 18. [Ob auch § 46 GBO. anwendbar ist, der sich nach der Meinung vieler nur auf die Neueintragung von Posten bezieht, nicht auf die Eintragungen von Aenderungen, insbesondere Rangänderungen — so Johow 25 A, 305; a. M. Kretzschmar im SächsArch. 11, 30 — kann dahingestellt bleiben, da jedenfalls der alte, schon im § 45 Preuß. GBO. ausgesprochene, durch die Motive zum BGB. 3, 227 ausdrücklich anerkannte, im § 17 Reichsgrundbuchordnung niedergelegte Rechtsgrundsatz Platz greift, daß für die Eintragung mehrerer Eintragungsgesuche der Zeitpunkt der Vorlegung derselben ausschlaggebend

ist.] — Der Grundbuchrichter hat sich zu hüten, die zu verschiedenen Zeiten eingegangenen Gesuche unter einem Datum einzutragen oder wohl gar in einem Vermerk zusammenzufassen. Denn die Rechte, welche in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchs unter gleichem Datum stehen, haben gleichen Rang, § 879 Abs. 1 BGB. Und auch wenn sie in einer Abteilung unter einer Nummer und einem Datum stehen, haben sie gleichen Rang. Dies ist sogar der Fall, wenn die verschiedenen Vermerke unter demselben Datum und derselben Nummer in den Nebenspalten hintereinander stehen: die Trennung der Vermerke allein bewirkt keine Verschiedenartigkeit der Rechte, die räumliche Aufeinanderfolge der Vermerke ruft diese nur hervor, wenn es sich um Eintragungen unter verschiedenen Nummern handelt, nicht aber, wenn Rechte unter derselben Nummer mit gleichem Datum eingetragen werden; vergl. Oberneck, a. a. O. 276; Turnau, a. a. O. 1, 136; RGJW. 1899 S. 120 Nr. 93; Dernburg, a. a. O. 3, 636; Motive zum BGB. 3, 227 Anm. 1b; a. M. Biermann 56 Anm. 6; Maenner 48 Anm. 10; Endemann, a. a. O. 2 S. 53, 54; Planck, BGB. 1906, 3, 100. Deswegen sind die zu verschiedenen Zeiten eingegangenen Rangänderungsanträge auf jeden Fall unter verschiedenen Daten einzutragen.

Der **Gerichtsschreiber** hat unter Kontrolle des Richters bei Briefpfandrechten auf den Briefen das Verhältnis der mehreren vortretenden und zurücktretenden Hypotheken oder Grundschulden genau der Eintragung im Grundbuch entsprechend zu vermerken, § 62 GBO., § 1140 BGB. Er hat dies auf allen in Betracht kommenden Briefen zu tun. Es genügt z. B. nicht, wie man es oft finden kann, zu vermerken:

auf dem Brief A:

die Post A hat den Posten C und D den Vorrang eingeräumt,

auf dem Brief C:

die Post C hat das Vorrecht vor der Post A,

auf dem Brief D:

die Post D hat das Vorrecht vor der Post A.

Es ist vielmehr in unserem Falle X 1 zu vermerken:

auf dem Brief A:

die Post A hat den Posten C und D zugleich den Vorrang eingeräumt,

auf dem Briefe C:

genau dasselbe,

auf dem Briefe D:

genau dasselbe.

Der, welcher den Brief C oder D erwerben will, muß vor allem ersehen, daß zugleich mit C der Post D das Vorrecht eingeräumt ist, daß also C hinsichtlich des Ranges nicht allein an 1. Stelle steht; vergl. Crome, a. a. O. 137 Anm. 10. In der Praxis wird auf alles das fast gar nicht geachtet.

Die größte Aufmerksamkeit auf die erörterten Punkte aber hat der **Zwangsversteigerungsrichter** anzuwenden, bei dem die Wirkungen der eingetragenen Rangänderungen in die Erscheinung treten. Er hat ebenso wie jeder an der Zwangsversteigerung beteiligte Privatmann oder sein rechtsgelehrter oder rechtsungelehrter Vertreter oder Beistand die in der Tabelle stehenden Rangänderungsvermerke genau zu prüfen und die auf die Stellen der vorgetretenen oder zurückgetretenen Posten fallenden Erlöse nicht einfach nach dem Rang der Hauptposten zu verteilen oder verteilen zu lassen. Er muß vielmehr unter Beachtung des vorstehend Erörterten Stellung zu der Frage nehmen:

in welchem Verhältnis stehen die mehreren im Rang vortretenden oder zurücktretenden Posten zueinander?

Tabellarische Uebersicht
über das Verhältnis mehrerer ihrem Range nach vortretenden oder zurücktretenden Posten zueinander.

X. Vortreten mehrerer Posten vor eine andere im Range.

1. Gläubiger A — Abt. 3 Nr. 1 d. i. = I — räumt den Gläubigern C — Abt. 3 Nr. 3 d. i. = III — und D — Abt. 3 Nr. 4 d. i. = IV — den Vorrang in einer Urkunde ohne weitere Bemerkung ein. Dann rangieren bei Stelle
   I C und D zu gleichen Rechten, „dann" (d. i. bei Zulänglichkeit des Erlöses) A,
   III C, dann D, dann A,
   IV D, dann A.
2. Gläubiger A räumt erst dem C und später dem D den Vorrang ein. Dann rangieren bei Stelle
   I C, dann D, dann A,
   III C, dann D, dann A,
   IV D, dann A.
3. Gläubiger A räumt erst dem D und später dem C den Vorrang ein. Es rangieren:
   nach der 1. Vorrangseinräumung bei Stelle
   I D, dann A,
   III C,
   IV D, dann A,
   nach der 2. Vorrangseinräumung bei Stelle
   I D, dann C, dann A,
   III C, dann (nicht D, sondern nur) A,
   IV D, dann C, dann A.

Y. Zurücktreten mehrerer Posten hinter eine andere im Range.

Gläubiger A — Abt. 3 Nr. 1 d. i. = I — und Gläubiger B — Abt. 3 Nr. 2 d. i. = II — räumen dem Gläubiger D — Abt. 3 Nr. 4 d. i. = IV — den Vorrang ein, und zwar

1. in einer Urkunde ohne weitere Bemerkung; dann rangieren bei Stelle
   I D, dann A,
   II D, dann B,
   IV D und dann zu gleichen Rechten A und B,
2. erst A und später B; dann rangieren bei Stelle
   I D, dann A,
   II D, dann B,
   IV D, dann A und dann erst B,
3. erst B und später A; dann rangieren bei Stelle
   I D, dann A,
   II D, dann B,
   IV D, dann B und dann erst A.

Nachdruck verboten.

IV.

Die Haftung der Versicherungsforderung für die Hypotheken.

Von Landgerichtsrat **Otto Hagen.**

I. Einleitung.

Trotz der gewaltigen Entwickelung des Bodenkredits einerseits und der Versicherung der verpfändeten Grundstücke und Gebäude gegen Feuer- und sonstige Gefahr andererseits ist das Verhältnis beider, d. h. die Frage der Haftung der Versicherungsforderung für die Hypothek oder, umgekehrt ausgedrückt, die Erstreckung der Hypothek auf die Versicherungsforderung verhältnismäßig erst spät Gegenstand gesetzlicher Regelung geworden. In einer Reihe deutscher Staaten wurde die Haftung schlechtweg verneint [1]); nach gemeinem und französischem Recht war die Haftung mindestens streitig; in anderen Bundesstaaten wurden die Versicherungsgelder bald als Zubehör des Grundstücks betrachtet, bald an die Stelle des abgebrannten Gebäudes gesetzt. In Preußen erfolgte eine gesetzliche Regelung erst durch §§ 30/31 des Gesetzes über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872. Die

1) Vergl. die Aufzählung in den Motiven zum BGB. § 1067, Bd. 3, 659, und namentlich Reinbeck, Die Haftung der Versicherungsforderung für Hypotheken und Grundschulden, München 1905, § 3.

hier festgesetzte Haftung war gegenüber dem bisherigen preußischen Recht neu. Zwei ältere Entscheidungen des Obertribunals (Präjudiz 305 vom 29. Juli 1837 und Urteil vom 27. März 1851, Striethorsts Archiv 1, 333[2]) hatten in unbefangener Würdigung der wirtschaftlichen Gesichtspunkte angenommen, daß die Feuerversicherungsgelder eines abgebrannten Gebäudes dem Hypothekengläubiger dergestalt verhaftet seien, daß, insoweit sie ganz oder teilweise nicht zur Wiederherstellung verwendet würden, der Besitzer darüber nicht willkürlich verfügen dürfe, vielmehr die Hypothekengläubiger ihre Befriedigung daraus zu suchen befugt seien; „dies folge aus dem Wesen und Zwecke der Assekuranz". Schließlich ist aber das Obertribunal (Plenarpräjudiz vom 5. Dez. 1853, Entsch. 27, 1) doch nicht über den formaljuristischen Standpunkt hinausgekommen, daß der Versicherungsvertrag nur ein Rechtsverhältnis zwischen den Kontrahenten (dem Versicherer und dem Grundstückseigentümer) begründe, aus dem nur diese, nicht aber die daran unbeteiligten Hypothekengläubiger Rechte herleiten könnten; der Satz: pretium succedit in locum rei ermangele aller gesetzlichen Grundlagen; die Assekuranzforderung gehöre weder zur Substanz der Sache, noch habe sie die entfernteste Anknüpfung mit dem gesetzlichen Pertinenzbegriff; der Versicherungsvertrag stehe bezüglich der juristischen Würdigung auf gleicher Linie mit einem Vertrage, durch welchen ein Privatmann dem Besitzer einer verpfändeten Sache für den Fall ihres Unterganges eine bestimmte Summe zu zahlen verpflichtet sei; mit der entgegengesetzten Auffassung gelange man zu den seltsamsten Anomalien[3]), zu einer unab-

---

2) Auch das OHG. vertritt in dem Urteil vom 23. Jan. 1872, Entsch. 5, 1 diese gesunde und freie Auffassung des Verhältnisses.

3) Als Beispiel hierfür wird der Uebergang des persönlichen Anspruchs gegen den Grundstückserwerber angeführt, vergl. hierzu § 41 des EEG. vom 5. Mai 1872 und jetzt § 416 BGB.

setzbaren Rechtsverwirrung und Kollision mit den Grundlagen unseres Hypothekenrechts. Ebenso das Reichsgericht in einem Urteil vom 17. Juni 1884, Entsch. 12, 169 für das Gebiet des gemeinen Rechts. Diese rechtlichen Schwierigkeiten[4]) finden ihren Nachklang noch in den zögernden und bedenklichen Erörterungen der Motive zum BGB. 3, 659[5]).

Die Bedürfnisse des Realkreditverkehrs, die die Erstreckung der Hypothek auf die Versicherungsgelder unabweisbar fordern, hätten diesen Rechtszustand sicherlich längst gesprengt, wenn nicht die Versicherungsgesellschaften durch entsprechende Versicherungsbedingungen wenigstens den dringendsten Anforderungen Genüge geleistet hätten. Den öffentlichen Versicherungsanstalten gebührt rechtsgeschichtlich das Verdienst, zuerst diese Sicherung der Hypothekengläubiger ins Auge gefaßt zu haben, und zwar durch die Vorschrift, daß die Versicherungsgelder statutenmäßig nur zum Wiederaufbau der abgebrannten Gebäude gewährt, also dem Versicherungsnehmer erst nach

---

4) Vergl. über die verschiedenen Versuche, die Haftung der Versicherungsforderung schon aus dem bisherigen Rechte abzuleiten und über die ihnen entgegenstehenden Bedenken namentlich Reinbeck § 2.

5) „Obschon die Erstreckung der Hypothek auf die Forderung aus der Versicherung nicht in der Rechtskonsequenz liegt, so kann sie doch vom BGB. mit Rücksicht auf die Richtung, in der die Gesetzgebung der meisten Staaten vorgegangen ist, nicht abgelehnt werden. Ein schwerwiegendes praktisches Bedürfnis spricht unleugbar dafür. Die Sicherheit, die die Hypothek gewährt, ist in zahlreichen Fällen so lange zweifelhaft und unvollständig, als sie durch die Zufälle, gegen die die Versicherung genommen zu werden pflegt, beseitigt oder doch verringert werden kann. Das Interesse des Realkredits erheischt daher, daß, wenn für vernichtete oder beschädigte Gegenstände, die der Hypothek unterworfen waren, auf Grund der Versicherung Ersatz zu leisten ist, die Ersatzforderung dem Gläubiger haftet. Der Gerechtigkeit entspricht diese Haftung ohnehin, da ihre Verneinung den Erfolg haben kann, daß der Eigentümer aus der Versicherung einen Vorteil erlangt, der sein Interesse an der Erhaltung des vernichteten Gegenstandes erheblich übersteigt."

Erfüllung dieser Voraussetzung ganz oder teilweise ausgehändigt werden sollen [6] [7]. Daneben wird Zustimmung der sämtlichen eingetragenen Hypothekengläubiger zum Austritt oder zur freiwilligen Verminderung der Versicherungssumme erfordert, eine Anzeige an die Hypothekengläubiger von der Aufhebung oder Herabsetzung der Versicherung seitens der Anstalten vorgesehen und in „Kaduzitätsfällen" [8]) die Verwendung der Entschädigungssumme zur Befriedigung der Hypothekengläubiger versprochen.

Die privaten Feuerversicherungsgesellschaften gewährten einen ähnlichen Schutz durch den 1886 festgesetzten § 12 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen und dessen Vor-

6) Vielfach betrachtete man die Wiederaufbau-Klausel als ausreichend zum Schutze der Hypothekengläubiger, vergl. z. B. Stobbe, Deutsches Privatrecht II, 1, Berlin 1875, § 112 Nr. 6 Anm. 38.

7) Die im einzelnen vielfach verschiedene Regelung der Anstalten ist von dem Generaldirektor der Sozietäten in Merseburg, Herrn Geheimen Regierungsrat Kaßner, im März 1889 in zwei mir freundlichst zur Verfügung gestellten Druckheften in tabellarischer Form authentisch zusammengestellt worden. Vergl. ferner den im Druck nicht veröffentlichten Vortrag von Kaßner über die Sicherung der Hypothekengläubiger bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten in Deutschland (31. Hauptversammlung zu Konstanz 1899) und den Vortrag von Landesrat Wenneker-Kiel auf der 32. Hauptversammlung in Hamburg 1900, Mitteilungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten 1900, 128 ff., sowie Scholz, Die Sicherung der Bauhandwerker bei Wiederherstellung durch Brand beschädigter Gebäude, Mitteilungen 1906, 241; Stör, Das Pfandrecht an der Entschädigung, Mitteilungen 1904, 256; Ruttke, Der Uebergang der Brandentschädigung auf den neuen Erwerber eines Grundstücks, Mitteilungen 1906, 205.

8) OHG. 6. April 1875, Entsch. 17, 66 entwickelt die unbedenklichen Sätze, daß diese Vorschriften keine unklagbare Begünstigung der Hypothekengläubiger, sondern einen wirklichen Rechtsanspruch bedeuteten; daß das Verschulden des Versicherungsnehmers (Eigentümers) in derartigen Fällen im Sinne des Versicherungsvertrages als Zufall erscheine und daß diese Art der Versicherung nicht gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoße.

läufer, sowie durch die seit 1874 üblichen, seit 1883 einheitlich gestalteten Hypothekenbescheinigungen, welche den unbedingten Schutz der Hypothekengläubiger namentlich auch auf die Versäumnisse hinsichtlich der Zahlung der Prämie erstrecken und es dem Gläubiger ermöglichen, ohne Rücksicht auf das Verhalten des Eigentümers eine abgelaufene Versicherung weiterzuführen [9]).

Es liegt auf der Hand, in wie hohem Maße eine derartige Gestaltung dazu beiträgt, den Realkredit zu erhöhen, dem Vorteil aller Beteiligten gerecht zu werden und namentlich auch den Wert der Versicherung zu steigern. Versicherungsrechtlich ist klar, daß es sich hier grundsätzlich um die Versicherung zweier Konkurrenzinteressen handelt, des Eigentumsinteresses und des Pfandinteresses; beide betreffen zwar denselben Gegenstand, nämlich den Wert des Grundstücks, welches dem Eigentümer gehört und nach den zwischen diesem und dem Hypothekengläubiger bestehenden Rechtsbeziehungen zur Befriedigung des letzteren dienen soll. Dies würde einer zweifachen Versicherung (seitens des Eigentümers und seitens des Hypothekengläubigers) versicherungsrechtlich nicht entgegenstehen, namentlich würde hier keine Doppelversicherung vorliegen. Im Ergebnis würde aber ein derartiges Verhältnis auf eine Prämienvergeudung hinauslaufen, da der Wert des Gebäudes doch nur einmal ersetzt werden kann.

II. Allgemeine Grundlagen der Regelung.

Die gesetzliche Regelung, die mit dem Inkrafttreten des BGB. und seiner Nebengesetze begonnen ist und nun mit dem

9) Vergl.: Die Sicherung der Hypothekengläubiger in dem Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag, Neumanns ZVersWes. 1906, 123 ff., und über die Entstehung des § 12: Reinbeck § 4. Eine Vergleichung des durch die privaten und des durch die öffentlichen Anstalten gewährten Schutzes enthält namentlich der zitierte Vertrag von 1899.

bevorstehenden Inkrafttreten des Gesetzes über den Versicherungsvertrag ihre Vollendung finden soll, beruht auf der gegenwärtigen Praxis des Versicherungswesens. Die maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen stehen nicht nebeneinander, sondern müssen aus verschiedenen Gesetzen, BGB., ZPO., ZVG. und dem Entwurf zu dem Gesetz über den Versicherungsvertrag[10]) zusammengestellt werden, was die Uebersichtlichkeit erschwert. Es kommt hinzu, daß die Vorschriften des Entwurfes sich lediglich auf die Feuerversicherung, die des BGB. und seiner Nebengesetze auf jede Art der Sachversicherung beziehen.

Auszugeben ist von der Vorschrift des § 1127 Abs. 1 BGB.: „Sind Gegenstände, die der Hypothek unterliegen, für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks unter Versicherung gebracht, so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer"[11]).

Hiernach ist dem BGB. die Vorstellung fremd, daß der Anspruch aus der Versicherung rechtlich mit dem Eintritt des Versicherungsfalles an die Stelle des versicherten Gegenstandes trete. Auch eine Anwendung des in § 281 BGB. ausgedrückten Gedankens kommt nicht in Betracht; endlich ist nach dem Sprachgebrauche des BGB. die Versicherungsforderung kein Zubehör des Grundstücks; nach §§ 90, 97 fallen unter den Begriff des Zubehörs nur bewegliche, körperliche Sachen, keine sonstigen Vermögensrechte. Vielmehr handelt es sich um eine bereits vor Eintritt des Versicherungsfalls bestehende, mit der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen (Eintragung der Hypothek und Abschluß des Versicherungs-

---

10) Zitiert nach der Reichstagsvorlage als „Entwurf". Die Seitenzahlen der Begründung entsprechen der Ausgabe von Guttentag, Berlin 1906.

11) Ueber die Vorschriften des BGB. vergleiche auch Hülße in der ZVersWiss. 8, 170.

vertrages) von selbst gegebene Unterwerfung der Versicherungsforderung unter die Beschränkungen, zum Teil auch Erweiterungen, die das Gesetz zum Schutze des Hypothekengläubigers für erforderlich erachtet hat. Diese Einbeziehung einer Forderung in den Kreis der zur Sicherung und Befriedigung des Hypothekengläubigers bestimmten Vermögensrechte ist nichts Außergewöhnliches; in gleicher Weise werden Pacht- und Mietzinsforderungen, § 1123 ff., und die mit dem Eigentum an dem Grundstück verbundenen Rechte auf wiederkehrende Leistungen, § 1126, behandelt; die Regelung hinsichtlich der Pacht- und Mietzinsen ist mit der der Versicherungsforderungen nahe verwandt. Die juristische Konstruktion dieser Haftung, die die Motive der Rechtswissenschaft vorbehalten, kann auch hier, als für die praktische Anwendung bedeutungslos, dahingestellt bleiben [12]).

Im einzelnen verlangt das Gesetz:

a) eine für den Eigentümer [13]) genommene Versicherung. Es kommt nicht darauf an, ob der Eigentümer selbst oder ein anderer für seine Rechnung die Versicherung genommen hat; auch in dem letzteren Falle braucht die Versicherung nicht kraft Auftrags oder gesetzlicher Verpflichtung (z. B. vom Nießbraucher aus § 1045 ff. BGB.) genommen zu sein; es genügt, daß der Eigentümer aus dem Vertrag einen unmittelbaren Anspruch gewinnt, was nach § 74 des Entwurfes künftig bei allen für Rechnung des Eigentümers genommenen Versicherungen zutrifft. Wird die Versicherung für einen anderen als den Eigentümer genommen, z. B. für den Nießbraucher, Mieter 2c., so kommen die hier gegebenen Vorschriften nicht zur Anwendung. Der Hypothekengläubiger selbst kann gleichfalls sein Interesse

12) Vergl. über die verschiedenen Theorien ausführlich Reinbeck § 6 S. 54 ff.

13) Der Eigenbesitzer des § 872 kommt praktisch kaum in Betracht.

am Grundstück selbständig versichern; auch diese Versicherung gehört nicht hierher.

b) Gegen welche Gefahr die Versicherung genommen ist, macht keinen Unterschied. Auch für Gebäude kommt also nicht nur, wie nach § 30 des preußischen EEG. die Feuerversicherung in Betracht, sondern jede andere, die das Grundstück unmittelbar betrifft, also z. B. die Versicherung der Spiegelscheiben oder gegen Wasserleitungsschäden; für bewegliche Sachen z. B. auch die Transportversicherung, solange die beweglichen Sachen selbst der Hypothek haften, § 1122 BGB. Die neuen Vorschriften des Entwurfs des Versicherungsvertragsgesetzes beziehen sich lediglich auf die Feuerversicherung, die auch offenbar den Hauptfall abgibt.

c) Die Versicherung muß Gegenstände betreffen, die der Hypothek unterliegen, also das Grundstück nebst seinen Erzeugnissen, namentlich Gebäude mit allen ihren Bestandteilen oder Zubehörstücken gemäß § 1120 ff. BGB.; auch Miete und Pachtzinsen gehören hierher, soweit sie Gegenstand einer Versicherung werden; nicht aber z. B. eine Haftpflichtversicherung des Eigentümers selbst, wenn sie auch gerade hinsichtlich der ihn als Grundstückseigentümer treffenden Verantwortlichkeit genommen ist.

Wann die Hypothek eingetragen ist, ob vor oder nach dem Abschlusse des Versicherungsvertrages oder vor oder nach dem Eintreten des Versicherungsfalles, ist gleichgültig; namentlich treten die Beschränkungen des § 1128 auch dann ein, wenn erst nach Eintritt des Versicherungsfalles eine Hypothek an dem Grundstück entsteht[14]). Ist dagegen eine Zahlung

---

14) A. A. Reinbecks S. 81, 105, und Schneider, ArchCivPrax. 90, 470. Dies läßt sich aus dem Gesetz nicht begründen, vergl. unten zu Anm. 49.

einmal wirksam geleistet, so steht sie selbstverständlich auch später eingetragenen Hypotheken entgegen.

Aus der Verhaftung der Versicherungsforderungen für die Hypothek folgt einerseits eine Beschränkung des Rechts des Eigentümers in der Verfügung über diese Forderungen, andererseits ein eigenes Verfügungsrecht des Hypothekengläubigers. Das Gesetz unterscheidet hierbei zwischen der Versicherung von Gebäuden und der Versicherung anderer Gegenstände (Zubehör, Früchte, Miet- und Pachtgelder rc.).

III. Die Gebäudeversicherung insbesondere.

Gebäudeversicherung ist nicht gleichbedeutend mit Immobiliarversicherung [15]). Gebäude ist hierbei als Ganzes zu nehmen und steht nicht nur im Gegensatze zu Zubehörstücken und Früchten, sondern namentlich auch im Gegensatze zu einzelnen Bestandteilen des Gebäudes. Eine selbständige Versicherung derartiger Bestandteile ist möglich und üblich; diese fällt nicht unter den Begriff einer Gebäudeversicherung. Die Motive zum BGB. erwähnen 3, 667 in diesem Zusammenhange die Glas- oder Spiegelscheibenversicherung; das Gleiche gilt z. B. auch von der Versicherung eingefügter Maschinen [16]).

---

15) Die Waldversicherung (vergl. Alias in den Mitteilungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten 1906, 108 ff.; Linke in Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1906, 312 ff.) hat man absichtlich außer Spiel gelassen, Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des BGB. 3, 567; vergl. dagegen Reinbeck § 10 S. 92 Anm. 4, 5.

16) Die Begründung des Entwurfs des Versicherungsvertragsgesetzes zu §§ 105/106 S. 108 bemerkt im Gegensatze hierzu: „Was die Versicherung von Maschinen betrifft, so finden hier die Vorschriften des Entwurfes (§ 99 ff.) ebenso wie die des § 1128 BGB. insoweit Anwendung, als die Maschinen einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes bilden (§§ 93, 94 BGB.).“ Ebenso RG. V, 4. Juli 1906, JW. 1906, 557 in einer gelegentlichen Bemerkung der Gründe (in dem entschiedenen Falle kam es auf diesen Unterschied nicht an). Das ist praktisch unerträglich, weil bei

Bei der Gebäudeversicherung wird die Sicherung des Hypothekengläubigers praktisch dadurch erreicht, daß auf die Versicherungssumme die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften für anwendbar erklärt werden, § 1128 Abs. 2 BGB. Der Versicherer kann daher die Entschädigungssumme nicht an den Versicherungsnehmer allein, sondern (bis zur Fälligkeit der Hypothek) nur an den Versicherungsnehmer und den Hypothekengläubiger gemeinschaftlich oder an einen von beiden nur mit Zustimmung des anderen zahlen, §§ 1281, 1282 BGB.; jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet wird. Jeder kann statt der Leistung verlangen, daß die Entschädigungssumme hinterlegt werde, § 1281 Abs. 2. Eine Kündigung des Versicherers ist nur wirksam, wenn sie dem Eigentümer und dem Hypothekengläubiger erklärt wird, § 1283 Abs. 2. Die Aufhebung und die Aenderung des Versicherungsvertrages erfordert Zustimmung des Hypothekengläubigers, § 1276 BGB.[17]).

Hiernach ist jedes ohne Berücksichtigung der Rechte des Hypothekengläubigers mit dem Eigentümer allein vorgenommene Rechtsgeschäft gegenüber dem Hypothekengläubiger unwirksam,

---

der Versicherung von Maschinen die Erschwerung des § 1128 dem Versicherer zu viel zumutet. Der Versicherer, welcher eine Maschine versichert, kann nicht gezwungen werden, nachzuforschen, ob die Maschine Bestandteil des Grundstücks geworden ist und ob auf diesem Grundstück Hypotheken haften. Daß die Maschine, wie das Reichsgericht in seiner bekannten, viel angefochtenen Rechtsprechung in weitestem Umfange annimmt, wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, ist demnach nicht entscheidend. Gegenstand des Versicherungsvertrages ist nicht der Bestandteil, sondern das an ihn sich knüpfende Interesse des Versicherungsnehmers. Dies ist beim Gebäude ein anderes als beim Gebäudebestandteil; es besteht kein Grund, unter Gebäudeversicherung auch die Versicherung von Gebäudebestandteilen zu begreifen. (Vergl. auch Ehrenberg § 27 S. 288 Anm. 12, und Reinbeck § 10 S. 93 ff.)

17) Vergl. auch Anm. 33 und 44. Die Regelung ist hier ähnlich, wie bei der Versicherung des Nießbrauchers, § 1046, 1076 BGB.

soweit dessen Rechte beeinträchtigt werden. Der Eigentümer allein kann dagegen aus der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts selbstverständlich keinen Einwand herleiten. Namentlich betrifft dies eine an den Eigentümer allein ohne Berücksichtigung des Hypothekengläubigers geleistete Zahlung. Diese befreit den Versicherer in Ansehung des Hypothekengläubigers nicht und bringt diesem gegenüber den Anspruch nicht zum Erlöschen. Vertragsmäßig können Eigentümer und Hypothekengläubiger alle diese Verhältnisse anders regeln, § 1234, und zwar mit verbindlicher Kraft für den Schuldner.

Nach §§ 1275, 404 ff. BGB. würde der Versicherer im Falle seines guten Glaubens gegen einen Verlust seiner Einwendungen oder Rechte geschützt sein, namentlich hinsichtlich einer in Unkenntnis der Rechte des Hypothekengläubigers geschehenen Verhandlung mit dem Schuldner oder Leistung an diesen. § 1128 Abs. 2 BGB. schließt hier guten Glauben des Versicherers hinsichtlich einer aus dem Grundbuch ersichtlichen Hypothek aus [18]).

Andererseits ist eine ausdrückliche Genehmigung des Hypothekengläubigers meist schwer zu erbringen, jedenfalls nicht ohne erhebliche Verzögerungen in der Auszahlung der Entschädigungssumme. Deshalb gestattet § 1128 Abs. 1 im Interesse der Erleichterung dem Versicherer die wirksame Zahlung, wenn er oder der Versicherungsnehmer den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat und seit der Anzeige 1 Monat

18) Im ersten Entwurf des BGB. war dies anders geregelt; die Gründe des Gesetzes ergeben sich aus den Protokollen 3, 565; namentlich meinte man, die Versicherungsgesellschaften müßten wissen, daß die ihnen versicherten Grundstücke regelmäßig mit Hypotheken belastet und daß die Ansprüche aus der Versicherung den Hypothekengläubigern kraft ihres dinglichen Rechts verhaftet seien; es geschehe ihnen also kein Unrecht, wenn man ihnen zumute, sich vor der Auszahlung der Versicherungssumme durch Einsicht des Grundbuchs über die eingetragenen Hypotheken zu unterrichten.

verstrichen ist. Der Hypothekengläubiger kann bis zum Ablauf der Frist dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprechen. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist. In diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkt an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird. Eine Form ist weder für die Anzeige, noch für den Widerspruch vorgesehen. Die Anzeige ist untunlich insbesondere, wenn der Aufenthaltsort des Hypothekengläubigers weder aus dem Grundbuche zu ermitteln, noch anderweit bekannt ist. Ein Widerspruch, der nach Ablauf der Monatsfrist erfolgt, ist unwirksam. Der Versicherer kann also auch dann an den Eigentümer zahlen, wenn der Monat ohne Widerspruch des Hypothekengläubigers verstrichen ist, aber der Hypothekengläubiger nachträglich, wenn auch vor der Zahlung, Widerspruch erhebt. Die Unterlassung eines Widerspruchs befreit nicht die Entschädigungsforderung von der Haftung, wie im Falle der §§ 1129, 1123 Abs. 2 Satz 1, sondern berechtigt nur den Versicherer zur Zahlung an den Eigentümer. Im Falle eines Streites hat der Versicherer die Voraussetzung des Fristablaufs, also den Zeitpunkt des Empfanges der Anzeige oder die Untunlichkeit und den Zeitpunkt der Fälligkeit der Entschädigung, der Hypothekengläubiger die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs zu beweisen (Planck, Erl. 3a zu § 1128).

Gegen diese Regeln ist ein Bedenken aus dem neu vorgeschlagenen § 94 des Entwurfes abgeleitet worden[19]), welcher bestimmt, daß die Entschädigung nach dem Ablauf eines Monats seit der Anzeige des Versicherungsfalles zu verzinsen ist. Es ist anzuerkennen, daß hierdurch der Versicherer erheblich benachteiligt werden kann, wenn sich zufolge Widerspruchs der Hypothekengläubiger die Auszahlung des Geldes verzögert. Auch

---

19) Vergl. Neumanns ZVersWes. 1905, 124.

die nach § 372 BGB. unbedenklich zulässige Hinterlegung ist wirtschaftlich wenig befriedigend. § 94 scheidet aber hier deshalb aus, weil er einen Fall gesetzlicher Zinsen enthält und nach § 301 BGB. die Zinspflicht ruht, solange sich der Gläubiger (Versicherungsnehmer) im Verzuge der Annahme befindet; solcher liegt vor, wenn der Schuldner (Versicherer) alles getan hat, was von seiner Seite zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist, die Leistung aber deshalb nicht erfolgen kann, weil in der Person des Gläubigers ein Hinderungsgrund vorliegt. Verschulden des Gläubigers ist hierbei nicht nötig. Der Entschädigungsberechtigte ist rechtlich verpflichtet, dem Versicherer die Voraussetzungen einer dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksamen Zahlung darzutun und zu beschaffen; gelingt ihm dies nicht, selbst ohne sein Verschulden, so ist er im Verzug des Gläubigers, und die Verzinsung hört auf. Daher laufen auch hier während der Monatsfrist die gesetzlichen Zinsen des § 94 ebensowenig, wie wenn der Hypothekengläubiger Widerspruch erhoben hätte [20]).

IV. Die Versicherung anderer Gegenstände insbesondere.

Anders stellt sich in allen diesen Beziehungen die Haftung bei der Versicherung eines anderen Gegenstandes als eines Grundstücks (Bestandteile des Gebäudes, Zubehörstücke, Erzeugnisse rc.). Derartige Gegenstände sind teils zur Veräußerung bestimmt, teils dem Verbrauch ausgesetzt. Ebenso, wie der Eigentümer gegenüber dem Hypothekengläubiger die Verfügung über diese Gegenstände hat, ist es nur folgerichtig, ihm

20) Abs. 3 des § 94 ist nicht im Sinne eines argumentum e contrario zu verwenden; man hat vielmehr bei der ganzen Vorschrift ausschließlich an eine Verzögerung der Schadenfeststellung gedacht, wie auch die Begründung erkennen läßt.

auch die freieste Verfügung über die an ihre Stelle tretende Versicherungsforderung zu belassen, zumal da er oft nur dadurch die Mittel zur Neubeschaffung erlangen kann. Demgemäß wird durch § 1129 BGB. dem Eigentümer dieselbe Verfügungsgewalt eingeräumt, wie hinsichtlich der Miet- und Pachtzinsforderungen, § 1123 Abs. 2 Satz 1; § 1124 Abs. 1 Satz 2. Nach diesen Vorschriften ist das Verfügungsrecht des Eigentümers durchaus unbeschränkt; er kann die Versicherungsforderung einziehen, sie erlassen, übertragen (z. B. durch Veräußerung des Grundstücks ohne die Forderung), belasten oder in anderer Weise darüber verfügen. Die Haftung der Forderung erlischt, soweit sie vor der Beschlagnahme bezahlt oder auf andere Weise getilgt ist; auf die Art der Tilgung kommt es nicht an; Zahlung, Hingabe an Zahlungs Statt oder Aufrechnung von seiten des Versicherers stehen einander gleich. Den rechtsgeschäftlichen Verfügungen entsprechen die Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung; eine Pfändung gewährt also dem pfändenden Gläubiger ein der Hypothek vorgehendes Recht[21]); die Einziehung der Forderung durch den pfändenden Gläubiger bringt die Forderung, die Ueberweisung an Zahlungs Statt ihre Haftung zum Erlöschen.

V. Wiederherstellungsgelder insbesondere.

Von der Wiederaufbau-Klausel, d. h. der Bedingung, daß die Entschädigungssumme nur zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes gezahlt werde (Wiederherstellungsgelder), ist der Schutz der Hypothekengläubiger ausgegangen. Diese Klausel wird auch in Zukunft den Angelpunkt des Schutzes der Hypo-

---

21) Treffen mehrere Beschlagnahmen von Hypothekengläubigern zusammen, so entscheidet sich deshalb der Vorrang nicht nach dem Rangverhältnis der Hypotheken, sondern nach dem Zeitpunkt der Beschlagnahme, vergl. Reinbeck § 9 S. 90 Anm. 16.

thekengläubiger, insbesondere bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, ausmachen [22]). Den Wiederherstellungsgeldern wird daher auch rechtlich eine Sonderstellung eingeräumt. Dies geschieht einerseits durch die allgemeine (für Gebäude und sonstige Versicherungen unterschiedslos geltende) Vorschrift des § 1127 Abs. 2: „Die Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist." Dies ergibt sich aus dem Zwecke der ganzen Vorschrift von selbst [23]). Andererseits sind, wie die Begründung S. 100 ausdrücklich betont, sowohl die öffentlichen als die privaten Versicherungsanstalten nach wie vor befugt, auch durch die Versicherungsbedingungen die Leistungspflicht des Versicherers an die Verwendung des Geldes zur Wiederherstellung zu binden. Der Hypothekengläubiger muß

22) Vergl. den Vortrag von 1899, sowie Nr. 1 der Wenneker'schen Vorschläge von 1900. Die Wiederaufbauklausel ist vielfach landesgesetzlich geordnet. Da die hierher gehörenden Fragen im wesentlichen nach öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden sind, sind die landesgesetzlichen „Retablissementsgesetze" (Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen und Weimar) durch Art. 110 EG. zum BGB. ausdrücklich aufrecht erhalten worden. § 190 des Entwurfes wahrt im Anschluß daran die landesgesetzlichen Vorschriften über die eigentliche versicherungsrechtliche Wiederherstellungsklausel. Es kann daher namentlich landesrechtlich bestimmt werden, daß bei der Gebäudeversicherung die Zahlung nur erfolgen darf, wenn das zerstörte Gebäude in derselben Art und an derselben Stelle wiederhergestellt wird, daß hieran, wenn es aus baupolizeilichen Rücksichten oder zur Erhaltung betriebsfähiger Wirtschaften angezeigt erscheint, auch durch Zustimmung des Versicherungsnehmers und der dinglich Berechtigten nichts geändert werden kann, sowie andererseits, daß unter bestimmten Voraussetzungen, namentlich wenn die zuständige Behörde die Verpflichtung zum Wiederaufbau erläßt, der Anspruch nicht von der Verwendung des Geldes zum Wiederaufbau abhängig sein soll.

23) Ueber die Frage, was zur Annahme einer Wiederherstellung oder eines ausreichenden Ersatzes gehört (Gleichheit nach Art und Wesen) und wie sich die Haftung eines minderwertigen Ersatzes gestaltet, vergl. Reinbeck § 11 S. 116 ff.

derartige Versicherungsbedingungen gegen sich gelten lassen, und zwar ebensowohl nach der Richtung, daß er auch auf Grund der Hypothek nur die Leistung zum Zwecke bestimmungsmäßiger Verwendung fordern kann, als andererseits dahin, daß allein die Bedingungen darüber entscheiden, welche Modalitäten bei der Zahlung beobachtet werden müssen. Demgemäß bestimmt § 1130: „Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gebäudes zu zahlen, so ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam." Die Bestimmung gilt sowohl für Versicherungen von Gebäuden als von sonstigen Gegenständen und betrifft lediglich die bestimmungsmäßige Art der Zahlung, läßt aber im übrigen alle Vorschriften der §§ 1127 bis 1129 unberührt. Auch durch die Beschlagnahme der Versicherungsforderung oder des Grundstücks wird das Recht des Versicherers nicht berührt, nur in Gemäßheit seiner Bedingungen, aber, wenn diese beobachtet sind, vollwirksame Zahlung zu leisten (Planck, Erl. 3 zu § 1130). Auch durch eine Abtretung des Entschädigungsanspruches wird nach beiden Richtungen selbstverständlich nichts geändert [24]).

---

24) Zur vollen Sicherung der bestimmungsmäßigen Verwendung des Geldes hat die Reichstagskommission dem Entwurfe des Versicherungsvertragsgesetzes als § 97a eine neue Vorschrift hinzugefügt, die die Abtretbarkeit und damit zugleich die Pfändbarkeit der Entschädigungsforderung noch weiter beschränkt: „Im Falle des § 97 [Zahlung nur zur Wiederherstellung] kann die Forderung des Versicherungsnehmers auf die Entschädigungssumme vor der Wiederherstellung des Gebäudes nur an den Erwerber des Grundstücks oder an solche Gläubiger des Versicherungsnehmers übertragen werden, welche Arbeiten oder Lieferungen zur Wiederherstellung des Gebäudes übernommen oder bewirkt haben. Eine Uebertragung an Gläubiger des Versicherungsnehmers, die bare Vorschüsse zur Wiederherstellung gegeben haben, ist wirksam, wenn die Verwendung der Vorschüsse zur Wiederherstellung erfolgt."

Praktisch üblich ist die Vorschrift, daß die Zahlung nur nach Sicherstellung der beabsichtigten Verwendung erfolgen darf. Ist diese Vorschrift getroffen, so kann der Hypothekengläubiger nicht gezwungen werden, seine Zustimmung zu einer Zahlung ohne Sicherheitsleistung zu erteilen. Eine Schikane würde dem Hypothekengläubiger aus der Verweigerung seiner Zustimmung zur Zahlung nur dann vorgeworfen werden können, wenn und soweit der Grundbesitz allein ihm zweifellos genügende Sicherheit seiner Hypothek bieten würde; der bloße Abschluß eines Bauvertrages enthält noch keine Sicherung im Sinne dieser Vorschrift; vergl. OLG. Kiel, 29. Juni 1903, Rechtsprechung 8, 139. An dieser Stelle setzt das neue Versicherungsgesetz ein. § 97, der aber, wie bemerkt, lediglich die Feuerversicherung von Gebäuden betrifft, bestimmt, daß hier allgemein der Versicherungsnehmer die Zahlung erst verlangen kann, wenn die bestimmungsmäßige Verwendung der Gelder gesichert ist[25].

Grundsätzlich würde daran festzuhalten sein, daß es, soweit die Landesgesetze nicht entgegenstehen[26], den Versicherungsbestimmungen freisteht, auch Zahlung an den Versicherten ohne vorherige Sicherstellung zu vereinbaren[27]; indessen kann hier diese Frage auf sich beruhen, da die Zahlung ohne Sicherung der bestimmungsmäßigen Verwendung des Geldes praktisch nicht vorkommen dürfte.

Die Art der Sicherung zu bestimmen, liegt völlig im Ermessen der Versicherungsbestimmungen; es kann nicht etwa daraus, daß die vorgeschriebene Art objektiv nicht ausreichend

25) Bei der Beratung des BGB. war der entsprechende Antrag, unter allen Umständen im Interesse des Hypothekengläubigers Sicherstellung zu fordern oder zum mindesten eine vermittelnde Mitwirkung des Amtsgerichts eintreten zu lassen, abgelehnt worden; Prot. 3, 563.

26) § 190 Abs. 2 des Entwurfes überläßt es der Landesgesetzgebung, nähere Bestimmungen über die Art der Sicherung zu treffen.

27) Vergl. unten zu VII, 1.

oder unzweckmäßig sei, ein Einwand gegen die Rechtsgültigkeit der vertragsmäßigen Regelung abgeleitet werden. Die Begründung macht über die Art der Sicherstellung die sachlich einleuchtende allgemeine Bemerkung, es sei nach billigem Ermessen zu entscheiden, ob eine genügende Sicherung vorliege; es brauche nicht gerade eine Sicherheitsleistung im Sinne des § 232 BGB. zu sein; vielmehr könnten auch andere Maßnahmen für genügend erklärt werden, namentlich die schon jetzt gebräuchliche Bestellung eines Vertrauensmannes, an den die Zahlung erfolge, oder die Einrichtung, daß der erste Teil der Entschädigung nach dem Anfahren der Baumaterialien ausgezahlt werde. Zur Entscheidung seien die Gerichte berufen; die Landesgesetze könnten auf Grund der ihnen im Gerichtsverfassungsgesetz beigelegten Befugnis die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde oder einem Verwaltungsgericht überweisen.

Auch für die Wiederherstellungsgelder macht sich, wie bei der Gebäudeversicherung nach § 1128 BGB., das Bedürfnis geltend, die mit der Erbringung der Zustimmung aller Hypothekengläubiger oder mit der Sicherung der bestimmungsmäßigen Verwendung verbundenen Weiterungen zu vermeiden, wo dies durch den Vorteil der Beteiligten geboten erscheint[28]. § 98 des Entwurfs eröffnet im Anschluß an § 1128 auch für derartige Fälle den dort vorgeschriebenen Weg (Anzeige durch den Versicherer oder den Versicherungsnehmer und Ablauf eines Monats ohne Widerspruch). Die Regelung erfolgt genau so wie im Falle des § 1128 (Entbehrlichkeit der Anzeige, wenn sie untunlich ist)[29].

---

28) Landesgesetzlich können auch Unschädlichkeitszeugnisse der zuständigen Behörden in Betracht kommen, Art. 120 EG. zum BGB.

29) Ueber die Regelung der Zinspflicht aus § 94 des Entwurfs vergl. oben bei Anm. 19, 20.

Die Begründung hebt hervor, daß im Falle der beabsichtigten Nichtverwendung zu bestimmungsmäßiger Wiederherstellung die Vorschriften sowohl dann gelten, wenn eine den Versicherungsbestimmungen entsprechende Wiederherstellung im öffentlichen Interesse untersagt wird, als auch dann, wenn die zuständige Behörde, oder, soweit die Pflicht zur Wiederherstellung nicht auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften, sondern auf dem Vertrage mit der Versicherungsanstalt beruht, die letztere den Versicherungsnehmer von dieser Pflicht befreit. Der Wortlaut des Gesetzes ergibt, daß nicht etwa der Versicherungsnehmer den Versicherer zwingen kann, ohne Sicherung der Wiederherstellung oder unter Absehen von der Wiederherstellung, lediglich unter den Voraussetzungen des § 98 zu zahlen; vielmehr gilt § 98 nur, wenn der Versicherungsnehmer, abgesehen von dieser Vorschrift, bereits ein Recht auf die Zahlung hat oder der Versicherer damit einverstanden ist und es sich nur noch darum handelt, der Zahlung gegenüber dem Hypothekengläubiger Wirksamkeit zu verleihen.]

VI. Die Geltendmachung der Rechte des Hypothekengläubigers.

Auch bei der Verwirklichung des Rechts der Hypothekengläubiger ergeben sich Unterschiede zwischen der Gebäude- und der sonstigen Versicherung. Bei der ersteren kann der Hypothekengläubiger, sobald seine Hypothekenforderung ganz oder teilweise fällig ist, die Entschädigungsforderung einziehen, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist; er kann auf Zahlung an sich selbst klagen; der Versicherer ist verpflichtet, allein an ihn zu leisten; anstatt der Einziehung kann der Hypothekengläubiger auch verlangen, daß ihm die Geldforderung an Zahlungs Statt abgetreten werde, § 1282 BGB. Sind mehrere Hypotheken vorhanden, so ist zur Einziehung

nur der vorgehende Hypothekengläubiger berechtigt, § 1290 BGB.[80]). Für andere Versicherungen als die Gebäudeversicherung gilt dieser Weg nicht, weil die entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 1279 ff. nur für die Gebäudeversicherung vorgesehen ist.

Der regelmäßige Weg der Befriedigung des Hypothekengläubigers ist die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung, also einerseits die Pfändung, § 829 ff. ZPO., andererseits die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, § 864 ff. ZPO. Beides setzt Erlangung eines vollstreckbaren Titels gegen den Grundstückseigentümer voraus. Die Pfändung führt regelmäßig zur Ueberweisung an den Hypothekengläubiger zur Einziehung oder an Zahlungs Statt zum Nennwert, nur ausnahmsweise (§ 844) zu einer anderen Art der Verwertung. Die Zwangsversteigerung erfolgt nach den Vorschriften des ZVG. vom 24. März 1897. Der Anspruch auf die Entschädigungssumme wird hiernach von der in dem Eröffnungsbeschluß liegenden Beschlagnahme des Grundstücks ergriffen, § 20; der Anspruch wird mit versteigert, § 55, jedoch kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag anordnen, daß der Anspruch von der Versteigerung ausgeschlossen und besonders versteigert oder in anderer Art verwertet werden solle, namentlich durch Bestellung eines Vertreters zur Einziehung oder durch Ueberweisung an einen Beteiligten an Zahlungs Statt, § 65. Wird eine solche Anordnung nicht getroffen, so erwirbt der Ersteher des Grundstücks den Anspruch durch den Zuschlag, § 90 Abs. 2, und zwar ohne daß es einer besonderen Versteigerungsbedingung darüber bedarf, wie sie nach bisherigem Rechte für erforderlich und zulässig angesehen wurde, vergl. OHG., 13. Dez. 1871, Entsch. 4, 283; RG. V, 16. Sept.

80) Bei einer abweichenden Vereinbarung ist das Verbot der lex commissoria der §§ 1277 Satz 2, 1229 innezuhalten.

1882, Entsch. 7, 270 ff. Alle diese Sätze ergeben sich aus der jetzigen Rechtslage von selber[31]).

Sowohl für den Hypothekengläubiger, der auf Grund des § 1282 BGB. oder kraft der gerichtlichen Ueberweisung selbst gegen den Versicherer vorgehen kann, als für den Ersteher des Grundstücks, der den Anspruch kraft des Zuschlages erworben hat, oder für den Dritten, an den er sonst kraft des Hypothekarrechts übertragen ist, besteht der Entschädigungsanspruch so, wie er hinsichtlich des die Zwangsvollstreckung betreibenden Hypothekengläubigers bestand, d. h. es können dem nunmehrigen Gläubiger nur solche Verfügungen oder Einwendungen entgegengehalten werden, die gegenüber diesem Hypothekengläubiger nach den oben bei Anm. 17 erörterten Grundsätzen wirksam gewesen sein würden. Namentlich gilt dies von einer geschehenen Zahlung[32]) sowie von den weiter unten erörterten Vorschriften der §§ 99, 100 des Entwurfs, vergl. zu VII und VIII.

Von praktischer Wichtigkeit ist dies hauptsächlich für bereits erwachsene Entschädigungsansprüche. Beschränkt hierauf ist die Haftung aber nicht, vielmehr erstreckt § 1127 BGB. die Haftung ohne Einschränkung auf jede „Forderung gegen den Versicherer". Es ist klar, daß bei den hier in Frage kommenden Versicherungen die Rechte des Versicherungsnehmers

---

31) Vergl. z. B. RG. VII, 13. Mai 1904, Veröffentlichungen des Aufsichtsamts 3, 182, und RG. V, 4. Juli 1906, JW. 1906, 557.

32) Diese Sätze sind notwendige Folgerungen aus § 1128 BGB. und ausdrücklich ausgesprochen z. B. in dem erwähnten Urteil RG. V, 4. Juli 1906, JW. 1906, 557. Dagegen versagt die ständige Rechtsprechung des RG. dem Hypothekengläubiger den unmittelbaren Anspruch (aus der Bereicherung) gegen den, der die Entschädigungssumme den obigen Vorschriften zuwider eingezogen hat, vergl. RG. a. a. O., sowie ferner RG. VI, 12. Jan. 1904, Entsch. 60, 29; OLG. Stuttgart, 7. April 1905, Rechtsprechung 11, 366. Wegen des Konkursverwalters vergl. RG. V, 13. März 1889, Entsch. 23, 54; RG. V, 4. Juli 1906, JW. 1906, 557, und RG. V, 12. Aug. 1898, Entsch. 42, 85.

vor Eintritt des Versicherungsfalles keinen geldwerten, für die Befriedigung des Hypothekengläubigers unmittelbar nutzbaren Vermögensbestandteil ausmachen, also auch der Befriedigungsbefugnis des Hypothekengläubigers nur insoweit unterliegen, als dies mit ihrer natürlichen Besonderheit vereinbar ist. Es kann deshalb selbstverständlich keine Rede davon sein, den Versicherungsvertrag von dem versicherten Grundstück oder von der Person des Eigentümers loszulösen und abgesondert zu verwerten. Dagegen steht auch versicherungsrechtlich nichts entgegen, mit dem Grundstück selbst einen für das Grundstück genommenen Versicherungsvertrag auf den Ersteher zu übertragen. Diese Uebertragung geht über die in § 69 ff., § 73 des Entwurfs angeordnete hinaus, wie sich z. B. darin zeigt, daß der Ersteher durch den Zuschlag die sämtlichen Rechte des bisherigen Eigentümers erwirbt, also namentlich bei einer mehrjährigen, im voraus bezahlten Versicherung nicht etwa verpflichtet ist, sich, wie es sonst bei Anwendung der Vorschriften der §§ 69—73 geschehen müßte, mit dem Vorbesitzer über die von ihm gezahlte Prämie nach dem Verhältnis der Besitzeszeit auseinanderzusetzen.

Auch in der Zwischenzeit, vor der eigentlichen Verfolgung seines Rechts, ist der Hypothekengläubiger nicht gehindert, Beeinträchtigungen seiner Befugnisse entgegenzutreten [33]. Wenn

---

33) Die von Schneider im ArchCivPrax. 90, 440 ff. vertretene Ansicht, daß es sich bei § 1128 allein um eine Zahlungssperre handle und ein Pfandrecht erst durch den ordnungsmäßigen Widerspruch für den Widersprechenden entstehe, würde zu einem anderen Ergebnis führen. Schneiders Beweisführung ist aber nicht überzeugend; sie scheitert meines Erachtens vornehmlich an dem klaren Wortlaut des § 1128 Abs. 1 und 2, wie am deutlichsten bei dem Versuche Schneiders (S. 460) hervortritt, die Beschränkung des Eigentümers in der Verfügung über den Versicherungsanspruch aus Abs. 1 [nicht 2] des § 1128 herzuleiten, also unter den Begriff einer unwirksamen „Zahlung" jede Abtretung, Verpfändung, Pfändung oder sonstige eine Aufhebung der Gläubigerschaft des versicherten Hypotheken-

die Voraussetzungen des § 256 ZPO. (ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung) vorliegen, hat er eine Feststellungsklage, sei es gegen den Versicherer, sei es gegen den Eigentümer oder einen Dritten. Ein besonders wichtiger Fall ist die Pfändung der Versicherungsforderung durch einen Gläubiger des Eigentümers. Die Pfändung ist bis zur Beschlagnahme des Grundstücks zulässig, vergl. § 865 Abs. 2 ZPO., welcher nur das Zubehör der Pfändung entzieht. Gegenüber der Pfändung ist dem Hypothekengläubiger die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. zuzubilligen[84].

Ein besonderer Rechtsbehelf des Hypothekengläubigers an dieser Stelle ist um so unentbehrlicher, als ihm der unmittelbare Anspruch gegen den unberechtigten Empfänger der Entschädigungssumme versagt ist, vergl. Anm. 32.

VII. Die Rechte der Hypothekengläubiger beim Verfall einer Feuerversicherung.

Mit der Sicherung der Hypothekengläubiger gegen die Nachteile, die ihnen aus einem Verfall der Versicherung erwachsen, beschäftigen sich die §§ 99 ff. des Entwurfs des Versicherungsvertragsgesetzes. Auch hier knüpft die in Aussicht genommene Regelung an die Ueberlieferungen der Versicherungspraxis an[85].

---

schuldners anbahnende Rechtshandlung zu bringen. Von großem praktischem Belange scheint die ganze Verschiedenheit der Auffassung kaum zu sein, vergl. auch S. 453 bei Schneider.

84) Vergl. RG. IV, 29. März 1893, Entsch. 31, 381; RG. IV, 16. Jan. 1899, Entsch. 43, 403 wegen der Zulässigkeit einer Widerspruchsklage bei gepfändeten Geldforderungen; RG. V, 24. Juni 1903, Entsch. 55, 207 wegen der Zubehörstücke.

85) Die in Betracht kommenden Landesgesetze werden S. 2, 3, 102 der Begründung des Entwurfs aufgeführt.

1. Zwingender Charakter der Vorschriften.

Die Begründung bemerkt, es bedürfe keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze, daß die Rechte, die der Entwurf in dieser Richtung den Hypothekengläubigern einräume, durch die Versicherungsbedingungen nicht geschmälert werden könnten, S. 6, 103. Dieser Satz erscheint aber keineswegs so selbstverständlich, wie er aufgestellt wird[36]). Es ist richtig, daß es sich hier um Rechte handelt, die dem Hypothekengläubiger unmittelbar aus dem zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer geschlossenen Vertrag erwachsen. Ein Verfügungsrecht über diese Rechte steht dem Versicherungsnehmer nicht zu, und es ist selbstverständlich, daß die Rechte, nachdem sie einmal entstanden sind, nicht durch Vereinbarung zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer geschmälert werden können. Anders aber ist es mit der Frage, ob nicht die Entstehung dieser Rechte durch die Vereinbarung der den Versicherungsvertrag abschließenden Parteien verhindert werden kann. Die Rechte der Hypothekengläubiger beruhen auf dem Versicherungsvertrage; sie gelangen nur so zur Entstehung, wie dies von den Kontrahenten vereinbart ist; den Hypothekengläubigern fehlt jede Handhabe, unmittelbar auf die Gestaltung der Vereinbarungen einzuwirken. Andererseits beruht der Entwurf zweifellos auf dem Grundsatze vollster Vertragsfreiheit für die Abgrenzung des Risikos. Wie der Versicherer und der Versicherungsnehmer rein nach ihrem Ermessen berechtigt sind, den Abschluß des Versicherungsvertrages vorzunehmen oder zu unterlassen, die Höhe der Versicherungssumme, einer etwaigen Taxe

---

36) Reinbeck § 6 S. 65 leitet auch für die §§ 1127—1130 BGB. den zwingenden Charakter aus der Verdinglichung der Versicherungsforderung, der dinglichen Verknüpfung der Forderung mit den unter Versicherung gebrachten Gegenständen, sowie aus der dinglichen Natur des hypothekarischen Rechts her; vergl. auch § 8 S. 79 Anm. 8.

und dergl. zu bestimmen, das Risiko auf gewisse Gefahren zu begrenzen, so ist auch nicht einzusehen, welcher Rechtsgrund sie daran hindern könnte, die Haftung des Versicherers vertragsmäßig auf die dem Eigentümer selbst erwachsenden Ansprüche zu beschränken, also etwaige Rechte der Hypothekengläubiger von vornherein auszuschließen.

Für die öffentlichen Versicherungsanstalten hat die Frage noch eine besondere Bedeutung. Nach § 189 des Entwurfs sind sie befreit nur von den „in diesem Gesetze vorgesehenen Beschränkungen der Vertragsfreiheit". Nun läßt sich der zwingende Charakter der Vorschriften über die hypothekarischen Rechte, wenn überhaupt, jedenfalls nicht aus dem Versicherungsvertragsgesetze, sondern nur aus allgemeinen Grundsätzen herleiten; in dieser Beziehung würden also die öffentlichen Versicherungsanstalten hinsichtlich einer vertragsmäßigen Ausschließung oder Beschränkung der Rechte der Hypothekengläubiger ebenso gestellt sein, wie die privaten Versicherungsgesellschaften. Die Frage ist keineswegs ohne praktische Bedeutung [87]), wenn auch im allgemeinen weder die Versicherer noch die Versicherungsnehmer ein Interesse an einer derartigen Ausschließung haben würden.

2. Sachliche Abgrenzung.

a) Es ist im Gesetze nicht ausgesprochen, versteht sich aber von selbst, daß nur eine solche Versicherung in Frage kommen kann, die dem Rechte des Hypothekengläubigers überhaupt unterliegt, d. h. eine für den Eigentümer oder einen Eigenbesitzer des Grundstücks genommene, § 1127 BGB. Wie schon oben bemerkt, macht es keinen Unterschied, ob die Versicherung vom Eigentümer selbst oder für seine Rechnung genommen ist.

87) Vergl. Anm. 45, 46, 27.

Eine von einer anderen Person für irgend ein anderes Interesse am Grundstück genommene Versicherung kommt nicht in Betracht, mag dies Interesse auch das Eigentumsinteresse oder ein dem Eigentumsinteresse gleichstehendes sein.

b) Nur die Gebäudeversicherung kommt in Betracht[38]). Die Begründung bemerkt hierzu, bei der Versicherung anderer Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstrecke, halte sich die Haftung des Versicherers gegenüber den Hypothekengläubigern nach dem BGB. in wesentlich engeren Grenzen als bei der Gebäudeversicherung; auch der Entwurf könne die Versicherung von Gebäuden und sonstigen Bestandteilen einander nicht gleichstellen; eine derartige Regelung sei weder im Interesse des Realkredits erforderlich noch praktisch durchführbar.

c) Die Vorschriften des Entwurfs beziehen sich lediglich auf die Feuerversicherung.

d) Der Schutz wird nicht nur den Hypothekengläubigern, sondern auch den Berechtigten aus Reallasten, z. B. eingetragenen Altenteilen, ferner aus Grundschulden und Rentenschulden zu teil, § 105, welcher übrigens auch den § 98 des Entwurfs umfaßt. Dies entspricht der Regelung des BGB.; denn die §§ 1127—1130 sind sowohl auf Grundschulden, wovon die Rentenschulden nur eine bloße Abart sind, § 1192, als auf die einzelnen Leistungen der Reallasten anwendbar, § 1107. Die Begründung hebt hervor, daß bei allen diesen Rechten die Anmeldung in gleicher Weise die gesetzliche Voraussetzung des Schutzes sei, wie bei der Hypothek; hierdurch wird den Bedenken Rechnung getragen, die bisher gegen eine Erstreckung des Schutzes der Hypotheken auf derartige Rechte bestanden. Auf den Nießbrauch sind dagegen die Vorschriften des Ent-

38) Ueber die Frage, ob hierunter auch die Versicherung von Maschinen und dergl. gehört, vergl. oben Anm. 16.

wurfs nicht auszudehnen; hier verbleibt es bei den Vorschriften der §§ 1046, 1070, 1077 [39]).

e) Nach § 106 des Entwurfs können die durch die Vorschriften der §§ 99—105 begründeten Rechte nicht zu Gunsten solcher Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden geltend gemacht werden, die dem Versicherungsnehmer [40]) zustehen. Dies bedarf in der Tat keiner Begründung; denn soweit Versicherungsnehmer und Hypothekengläubiger ein und dieselbe Person sind, vermögen die Rechte, die dem Versicherungsnehmer in dieser Eigenschaft verloren gegangen sind, nicht in seiner Person als der des Hypothekengläubigers weiterzuleben.

3. Anmeldung.

Der gesetzliche erhöhte Schutz soll nur den Hypothekengläubigern zu teil werden, die ihre Hypothek dem Versicherer angemeldet haben. Hieran hat auch die Reichstagsvorlage des Entwurfs festgehalten, trotzdem die Beseitigung des Anmeldungszwanges gewünscht worden war [41]). Die Begründung führt aus, es könne dem Versicherer nicht zugemutet werden, jedesmal, wenn eine Versicherung endige, Hypothekengläubiger, von deren Dasein er keine Kenntnis habe, durch Einsicht des Grundbuchs oder durch Beschaffung eines Auszuges aus dem Grundbuche zu ermitteln. Abgesehen von der damit verbundenen Belästigung und den entstehenden Kosten, würde der durch die Ermittelung der Gläubiger verursachte Zeitaufwand zu einer

39) Vergl. darüber die Erörterung der Begründung zu §§ 105, 106.

40) Dieser kann (bei der Versicherung für fremde Rechnung) von dem Grundstückseigentümer verschieden sein, Begründung S. 108.

41) Es bleibt den Versicherern unbenommen, in ihren Versicherungsbedingungen auch nicht angemeldeten Hypothekengläubigern den Schutz zuzusagen, Begründung S. 108. Den Härten, die mit dem Anmeldungszwang verbunden sein könnten, wird durch die Regelung des § 100 vorgebeugt, vergl. unten zu 5, namentlich bei Anm. 49.

übermäßigen Verlängerung der Dauer der den Versicherer treffenden Haftung führen. Auch komme in Betracht, daß das Grundbuch über die Person der Hypothekengläubiger nicht einmal immer genügende Auskunft gebe, da eine Hypothek, bei welcher die Erteilung eines Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen sei, abgetreten werden könne, ohne daß der Uebergang ins Grundbuch eingetragen werde, § 1154 BGB.

Es ist nicht etwa eine Zulassung, also ein zwischen dem Versicherer und dem Hypothekengläubiger vereinbarter Beitritt zum Versicherungsvertrage nötig, sondern nur eine Anmeldung. Ueber die Form dieser Anmeldung wird nichts bestimmt. Selbstverständlich ist der Versicherer berechtigt, von dem Anmeldenden den Nachweis seines Rechts zu verlangen, also den Nachweis der Eintragung seiner Hypothek oder ihres rechtsgültigen Ueberganges auf ihn. Zu eigenen Nachforschungen in dieser Richtung ist der Versicherer nicht verpflichtet; er kann verlangen, daß der Hypothekengläubiger zur Begründung seiner Anmeldung die zu seiner Legitimation erforderlichen Papiere beschafft, also den Hypothekenbrief und die Abtretungsurkunden vorlegt oder einen Grundbuchauszug beibringt. Die hierdurch entstehenden Kosten hat der Hypothekengläubiger zu tragen.

Ob die Hypothek vor oder nach dem Abschluß des Versicherungsvertrages eingetragen worden ist, macht keinen Unterschied. Ebenso versteht es sich von selbst, daß der anmeldende Hypothekengläubiger den Versicherungsvertrag so gelten lassen muß, wie er sich bis zu seiner Anmeldung gestaltet hatte[42]); denn der Inhalt der Verpflichtung des Versicherers erleidet

42) Soweit nicht die besonderen unten zu erörternden Vorschriften der §§ 99, 100 reichen. — Der gute Glaube des Grundbuchs schützt hier weder den ursprünglichen Hypothekengläubiger noch dessen Rechtsnachfolger, da der Bestand der Versicherungsansprüche mit dem Inhalt des Grundbuchs nichts zu tun hat. — Ueber vertragsmäßigen Ausschluß der Rechte der Hypothekengläubiger vergl. oben zu VII, 1.

durch die den Hypothekengläubigern eingeräumten Rechte keine Aenderung. Der Hypothekengläubiger ist deshalb namentlich auch an Bestimmungen gebunden, denen zufolge die Entschädigung nur zum Wiederaufbau geleistet wird, ebenso wie auch der Versicherer in diesen Fällen nicht etwa die Hypothekengläubiger zur Annahme einer Befriedigung ihrer Hypotheken zwingen kann, vergl. Begründung zu § 101 a. E.

Das Gleiche wird man von dem Einfluß eines bereits geschehenen Rechtsaktes der in § 99 gedachten Art sagen müssen. Ist also vor der Anmeldung der Hypothek eine Kündigung oder ein Rücktritt bereits erklärt oder eine sonstige Tatsache, die die Beendigung des Versicherungsverhältnisses zur Folge hat, eingetreten oder die Vereinbarung des § 99 Abs. 2 getroffen, so wird die Wirksamkeit dieser Akte durch eine später erfolgende Anmeldung einer Hypothek weder rückgängig gemacht noch aufgeschoben oder sonst beeinflußt. Hier braucht der Versicherer also auch dem Hypothekengläubiger keine nachträgliche Mitteilung von den Beendigungsgründen zu machen. Ob er sich, abgesehen von § 99, allgemeinen Grundsätzen gemäß dem Hypothekengläubiger durch einfaches Stillschweigen auf die geschehene Anmeldung verantwortlich machen würde, ist eine andere Frage.

Schwieriger ist die Bestimmung des maßgebenden Zeitpunktes in den Fällen des dritten Absatzes des § 99 (betrügerische Doppel- oder Ueberversicherung). An sich würde hier der Erklärung der Kündigung oder des Rücktrittes oder dem Eintritt der beendigenden Tatsache die Erlangung der Kenntnis von der Nichtigkeit des Versicherungsvertrages auf Seiten des Versicherers entsprechen; wird man aber den Versicherer, der bisher trotz Kenntnis der Nichtigkeit den Versicherungsvertrag ruhig fortgesetzt oder zum mindesten nicht zu erkennen gegeben hat, daß er die Nichtigkeit geltend machen

wolle, mit dem Einwande hören dürfen, die Anmeldung eines Hypothekengläubigers sei unwirksam, weil er schon vorher Kenntnis von der Richtigkeit des Versicherungsvertrages erlangt habe? Zum mindesten wird man verlangen müssen, daß der Versicherer die Anmeldung des Hypothekengläubigers unverzüglich zurückweise; andernfalls muß er sie mit den Rechtsfolgen des § 99 gegen sich gelten lassen. Ein gesetzlicher Anhalt hierfür fehlt allerdings.

4. Der Schutz des § 99 des Entwurfs.

Der gesetzliche Schutz selbst läßt sich als eine Versteinerung (Perpetuierung) des Versicherungsverhältnisses zu Gunsten des Hypothekengläubigers bezeichnen, d. h. es wird zu seinen Gunsten das Versicherungsverhältnis und der Versicherungsanspruch als fortbestehend behandelt, obgleich der eigentliche Versicherungsnehmer keine Rechte mehr hat, sei es wegen der Beendigung des Vertrages oder wegen vertragswidrigen Verhaltens. Diese Perpetuierung findet aber nicht auf die Dauer statt; das würde den Versicherer zu sehr belasten; vielmehr beschränkt sich das Gesetz darauf, dem Hypothekengläubiger Gelegenheit zu geben, vor dem Wegfalle der Haftung den Versicherungsnehmer zum Abschluß eines neuen Vertrages zu veranlassen oder selbst für sein Interesse eine Versicherung zu nehmen. Es genügt also für die Regel eine Verlängerung der Versicherung, die Hinausschiebung des Zeitpunktes ihrer Beendigung. § 99 Abs. 1 Satz 1 bestimmt darüber: „Hat im Falle der Gebäudeversicherung ein Hypothekengläubiger seine Hypothek dem Versicherer angemeldet, so wirkt eine Kündigung, ein Rücktritt oder eine sonstige Tatsache, welche die Beendigung des Versicherungsverhältnisses zur Folge hat, gegenüber dem Hypothekengläubiger erst mit dem Ablauf

eines Monats, nachdem die Beendigung ..... ihm durch den Versicherer mitgeteilt worden oder in anderer Weise zu seiner Kenntnis gelangt ist"[43]).

An sich ist der Hypothekengläubiger bei der Gebäudeversicherung bereits durch die Vorschriften des BGB. gegen rechtsgeschäftliche Beeinträchtigungen seines Rechts geschützt; nach §§ 1276, 1128 Abs. 2 erfordert die rechtsgeschäftliche Aufhebung oder Aenderung des Versicherungsvertrages[44]) zu ihrer Gültigkeit die Zustimmung des Hypothekengläubigers, soweit dessen Recht dadurch beeinträchtigt wird. Unter den Begriff der rechtsgeschäftlichen Auflösung würde z. B. auch die Kündigung fallen, vergl. Planck, Erl. 1 zu § 1071. § 99 wieder-

43) Die Mitteilung wird durch § 108 des Entwurfs im Anschluß an § 10 erleichtert: „Hat der Hypothekengläubiger seine Wohnung geändert, die Aenderung aber dem Versicherer nicht mitgeteilt, so genügt für eine Mitteilung der in den §§ 99, 102 bezeichneten Art die Absendung eines eingeschriebenen Briefes nach der letzten dem Versicherer bekannten Wohnung. Die Mitteilung wird in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ohne die Wohnungsänderung bei regelmäßiger Beförderung dem Hypothekengläubiger zugegangen sein würde." Die Kosten der Benachrichtigungen fallen dem Versicherer zur Last. Will er hierfür Ersatz erlangen, so muß er sich dies im Versicherungsvertrage ausbedingen.

44) Z. B. ein Vergleich oder die Genehmigung der Schadenfeststellung, OLG. Colmar 14. April 1905, Mitteilungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten 1906, 75. Das letztere ist nicht unzweifelhaft. An Einwirkungen rein tatsächlicher Art auf das Rechtsverhältnis ist der Versicherungsnehmer nicht behindert und zu einer Mitwirkung bei dem Abschätzungsverfahren selbst (§ 64 des Entwurfs) ist der Hypothekengläubiger nicht berufen. Bei der Zustimmung zu dem Ergebnis der Schadenabschätzung überwiegt aber der rechtsgeschäftliche Vergleichscharakter so sehr, daß man hierauf § 1276 Abs. 2 BGB. wird anwenden müssen. Handelt es sich nicht um die Wirkung einer Zustimmung des Versicherungsnehmers, sondern lediglich um die Frage, ob das Ergebnis der Abschätzung von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht (§ 64), so kann sowohl der Versicherungsnehmer als der Hypothekengläubiger die Unverbindlichkeit in gleicher Weise geltend machen.

holt diese Regelung nochmals ausdrücklich für die versicherungsrechtliche Stellung des Hypothekengläubigers, geht aber über das BGB. insoweit noch einen Schritt hinaus, als er auch solche Rechtsakte und Ereignisse, die an sich innerhalb des vertragsmäßigen Ablaufs des Verhältnisses liegen, gegen die der bloße Pfandgläubiger einer Forderung daher schutzlos sein würde, der Wirksamkeit gegenüber dem Hypothekengläubiger entkleidet. Es ist ganz allgemein bestimmt, daß jede Tatsache, die die Beendigung des Versicherungsverhältnisses zur Folge hat, dieser Beschränkung unterworfen wird; es unterliegt danach keinem Zweifel und wird in der Begründung noch ausdrücklich hervorgehoben, daß hierunter auch der Ablauf der von vornherein für den Versicherungsvertrag vereinbarten Dauer oder der Eintritt einer auflösenden Bedingung zu rechnen ist. Auch die Vereinbarung zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer, durch die die Versicherungssumme[45]) oder der Umfang der Gefahr gemindert wird, würde nach BGB. ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers unwirksam sein; sie wird in Abs. 2 des § 99 noch besonders hervorgehoben.

Endlich stellt Abs. 3 des § 99 die Fälle der betrügerischen Doppel- oder Ueberversicherung, § 51 Abs. 2 und § 59 Abs. 3 des Entwurfs, hierher. In diesen Fällen handelt es sich nicht um die Beendigung eines gültigen Versicherungsverhältnisses, sondern um eine von vornherein gegebene Nichtigkeit; diese Nichtigkeit soll gegenüber dem Hypothekengläubiger nicht geltend gemacht werden können, aber gleichfalls nicht auf die Dauer,

---

45) Gerade hier macht sich ein praktisches Bedürfnis dafür geltend, der freien Vereinbarung der Parteien gegenüber den gesetzlichen Vorschriften Spielraum zu lassen. Es ist z. B. nicht einzusehen, weshalb nicht die Aufhebung der Versicherung oder die Herabsetzung der Versicherungssumme bis zu einem bestimmten Prozentsatz dem Eigentümer völlig frei gelassen werden könnte, vergl. die Vorschläge von Wenneker, Mitteilungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten 1900, 139.

sondern nur bis zum Ablauf eines Monats, nachdem dem Hypothekengläubiger, wie in den anderen Fällen die Beendigung des Verhältnisses, so hier die Richtigkeit durch den Versicherer mitgeteilt oder in anderer Weise zu seiner Kenntnis gelangt ist.

Soweit schon vor der tatsächlichen Beendigung des Versicherungsverhältnisses feststeht, daß es in einem bestimmten Zeitpunkt endigen wird, liegt kein Grund vor, die Mitteilung und damit den Beginn der Monatfrist erst dann zuzulassen, wenn das Verhältnis tatsächlich beendigt ist. Das Gesetz sieht deshalb vor, daß auch vor dem tatsächlichen Eintritt der Folgen einer Kündigung, eines Rücktrittes oder einer sonstigen Beendigungstatsache der Versicherer dem Hypothekengläubiger die bevorstehende Beendigung und den Zeitpunkt mitteilen kann, in dem sie erfolgen wird. Die Monatfrist rechnet dann von dieser Mitteilung oder von der Kenntnis des Hypothekengläubigers ab, die auch hier der Mitteilung gleichgestellt ist. In diesen Fällen läuft das Versicherungsverhältnis, vorausgesetzt, daß die Monatfrist vor der tatsächlichen Beendigung gewahrt ist, für beide, den Versicherungsnehmer und den Hypothekengläubiger, gleichzeitig ab. Kündigt der Versicherer oder tritt er zurück, so kann er die Mitteilung an den Hypothekengläubiger natürlich mit der Kündigung oder dem Rücktritt verbinden. Die Monatfrist ist dem Hypothekengläubiger unter allen Umständen frei zu lassen, auch wenn nach dem Versicherungsvertrag an sich eine kürzere Kündigungsfrist gegeben sein würde[46].

5. Der Schutz des § 100.

Die Begründung hebt hervor, daß, wenn vor dem Ablaufe der vorstehend bestimmten Frist ein Versicherungsfall ein-

46) Auch hier erscheint der behauptete zwingende Charakter der Vorschriften wenig angebracht.

tritt, die Beendigung des Versicherungsverhältnisses auf die Haftung des Versicherers gegenüber dem Hypothekengläubiger keinen Einfluß hat. Dies versteht sich von selbst, da die Regelung des § 99 eben dahin geht, daß der Versicherungsvertrag bis zum Ablaufe der Monatfrist gegenüber dem Hypothekengläubiger als voll wirksam zu behandeln ist. Nun hat das Bedürfnis eines erhöhten Schutzes des Versicherers dazu geführt, bei gewissen Vertragsverletzungen des anderen Teils nicht allein den für die Zukunft wirksamen Rücktritt vom Versicherungsvertrage zuzulassen, sondern auch die Pflicht zur Entschädigung für Versicherungsfälle, die vor dem tatsächlichen Rücktritt sich ereignen, auszuschalten, das sogenannte Ruhen der Entschädigung oder, nach der Ausdrucksweise des Entwurfs, die Freiheit des Versicherers von der Verpflichtung zur Leistung [47]).

Die Begründung erwähnt nur den Verlust der Entschädigungsansprüche infolge einer Gefahrerhöhung, infolge der eigenen Herbeiführung des Versicherungsfalles oder der Nichtanzeige einer Veräußerung. Diese Aufzählung ist aber weder vollständig, noch betrifft sie gerade die wichtigsten Fälle. In Betracht kommen namentlich: § 2 (Versicherung trotz Kenntnis des Eintritts des Versicherungsfalles); § 6 (vertragliche Obliegenheiten, sei es vor oder nach Eintritt des Versicherungsfalles); die Verletzungen der Anzeigepflicht aus §§ 16 ff.; die Folgen einer gewollten oder ungewollten Gefahrerhöhung, § 23 ff.; die nach §§ 32, 33 und 34 den Versicherungsnehmer treffenden Obliegenheiten zum Zwecke der Verminderung der Gefahr oder zum Zwecke der Verhütung einer Gefahrerhöhung, zur rechtzeitigen Anzeige des Versicherungsfalles, sowie zur Auskunfterteilung und Beschaffung von Belegen; die vertragsmäßigen Folgen einer Verletzung der in § 58 festgesetzten Pflicht zur

47) Vergl. Begründung zu §§ 23—29, S. 37, und über die praktische Wichtigkeit gerade dieser Seite der Regelung Iherings J. 47 S. 209, 228.

Anzeige einer anderweitigen Versicherung; die vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles, § 61[48]); die Pflichten hinsichtlich einer Abwendung oder Minderung des Schadens, § 62 ff.; die Folgen einer Schädigung des Rückgriffsrechts des Versicherers gegen einen Dritten aus § 67; die unterlassene Anzeige der Veräußerung, § 71, und die gegen § 93 verstoßende Vornahme von Aenderungen, sofern daran im Rahmen des § 6 Abs. 2 der Verlust des Anspruchs geknüpft ist.

Alle diese Fälle sind unter § 100 zu rechnen, welcher bestimmt, daß, wenn der Versicherer wegen des Verhaltens des Versicherungsnehmers von der Verpflichtung zur Leistung frei

---

48) Verletzungen des § 61, der §§ 62 ff., des § 67 und sonstiger vertraglicher Obliegenheiten aus §§ 6, 32 ꝛc. erzeugen nicht allein die Leistungsfreiheit, sondern auch einen Entschädigungsanspruch (unter Umständen auf Vertragstrafe), der vom Versicherer gegen den Versicherungsanspruch zur Aufrechnung gestellt werden kann. Es ist klar, daß diese Aufrechnung von seiten des Versicherers nicht unter den § 100 gebracht werden kann; denn Leistungsfreiheit und Zulässigkeit der Aufrechnung sind rechtlich grundverschiedene Dinge: andererseits ist aber ebenso klar, daß bei ihrer unbeschränkten Zulassung der Schutz des § 100 insoweit vereitelt werden würde, als der Gegenanspruch des Versicherers reicht. Dieses Ergebnis wäre offenbar höchst unerwünscht; die Abhilfe ergibt sich aus dem BGB. Unter die nach § 1276 unzulässigen Verfügungen fällt auch die Aufrechnung und zwar, wie Planck, Erl. 1 zu § 1071 anerkennt, sowohl die Aufrechnung auf seiten des Gläubigers (Versicherungsnehmers) als die des Schuldners (Versicherers). Wenn Planck geltend macht, daß das letztere (der Ausschluß der Aufrechnung des Schuldners) offenbar nicht beabsichtigt sei, so zeigt gerade die Gestaltung beim Versicherungsvertrage, daß der beiderseitige Ausschluß der Aufrechnungsbefugnis ohne Zustimmung des Drittberechtigten seinen guten Sinn haben kann. Zum mindesten ist die Aufrechnung deshalb für ausgeschlossen zu erachten, weil ihre Zulassung der Natur des hier in Frage stehenden Rechtsverhältnisses widersprechen würde; daß die Aufrechnungsfähigkeit einer Forderung durch vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen werden kann, ist ebenso unbedenklich, wie die Herleitung einer derartigen Vereinbarung aus der Natur des Schuldverhältnisses.

ist oder nach dem Eintritte des Versicherungsfalles (mit rückwirkender Kraft) von dem Vertrage zurücktritt, gleichwohl seine Verpflichtung gegenüber einem Hypothekengläubiger bestehen bleibt, ohne Unterschied, ob die Hypothek angemeldet ist oder nicht. Die Wichtigkeit dieser dem ersten Entwurf noch fremden gewaltigen Ausdehnung des Schutzes der Hypothekengläubiger auf angemeldete und unangemeldete Hypotheken kann kaum hoch genug angeschlagen werden; erst mit dieser Vorschrift gewinnt der Bodenkredit seinen eigentlichen Halt an der Feuerversicherung. Die praktische Wichtigkeit der hier in Betracht kommenden Fälle ist so überragend, daß dagegen das als Regel gedachte Erfordernis der Anmeldung von Hypotheken einfach verschwindet. Es ist mit Recht bemerkt worden, daß die Versicherer selbst an dem Schutze des Bodenkredits ein wesentliches Interesse hätten, da dieser Schutz die notwendige Voraussetzung für dessen Ausdehnung sei und die Rücksicht auf seine Hebung wieder fördernd auf den Abschluß von Versicherungen wirke; das Anpassungsvermögen der Versicherungspraxis an neu entstandene Verhältnisse werde Mittel und Wege finden, etwaige durch diese Vorschriften für sie entstehende Schwierigkeiten zu überwinden[49]).

Auch hier taucht die oben bei Anm. 42 erörterte Frage auf, wieweit der § 100 in die Vergangenheit zurückbezogen werden kann. Die Vorschrift umfaßt an sich auch Verfehlungen,

49) Vergl. Neumanns ZVersWes. 1905, 125. Was die Begründung zur Rechtfertigung der Vorschrift bemerkt, ist wenig einleuchtend. („Nach dem Eintritt eines Schadens ist der Versicherer auch in dem Regelfalle, daß seine Haftung gegenüber dem Versicherungsnehmer bestehen geblieben ist, nach den §§ 1128, 1130 BGB. verpflichtet, die Rechte der Hypothekengläubiger ohne Rücksicht auf eine vorgängige Anmeldung der Hypotheken zu beachten, und es enthält keine unbillige Erschwerung der Lage des Versicherers, wenn ihm eine gleiche Verpflichtung für die Fälle auferlegt wird, in denen der Versicherungsnehmer durch sein Verhalten den Entschädigungsanspruch verwirkt hat.“)

die weit in der Vergangenheit liegen können, man denke z. B. an Verletzungen der Anzeigepflicht bei Abschluß des Versicherungsvertrages. Es leuchtet ein, daß es keinen Unterschied machen kann, ob die Hypothek vor oder nach der betreffenden Vertragsverletzung des Versicherungsnehmers begründet worden ist; beides hängt miteinander nicht zusammen. Dagegen ergibt eine verständige Würdigung des ganzen Verhältnisses ebenso, wie eine Prüfung des Wortlautes des Gesetzes, daß hier der Eintritt des Versicherungsfalles die Grenze ziehen muß. Ist der Versicherungsfall eingetreten, so kann die nachträgliche Eintragung einer Hypothek nicht einen Anspruch neu ins Leben rufen, der bisher infolge des Verhaltens des Versicherungsnehmers nicht entstanden war; hinsichtlich solcher nachträglich begründeten Hypotheken kann man nicht von einer „bestehen bleibenden Verpflichtung" reden. Auf § 100 können deshalb nur solche Hypothekengläubiger sich berufen, die zur Zeit des Eintrittes des Versicherungsfalles bereits eingetragen waren[50]). Eine Anmeldung der Hypothek kommt hier nirgends in Betracht.

6. Die Prämienzahlung.

Besonders geregelt sind die Folgen der unterlassenen Prämienzahlung, § 99 Abs. 1 Satz 2, § 100 Abs. 2, § 102, § 104. Der Sinn dieser Bestimmungen ist der folgende: Nach § 267 BGB. kann die Pflicht zur Prämienzahlung von jedem Dritten, also auch vom Hypothekengläubiger erfüllt werden. Die Einwilligung des Schuldners ist dazu nicht erforderlich, jedoch kann der Versicherer die Leistung ablehnen, wenn der

50) Der Unterschied gegenüber § 1128 BGB., vergl. Anm. 14, liegt darin, daß es sich bei § 100 des Entwurfs um die Rechtswirkungen des Eintrittes des Versicherungsfalles, bei § 1128 BGB. dagegen um die Frage handelt, unter welchen Voraussetzungen und Beschränkungen der Versicherungsnehmer über die infolge des Versicherungsfalles gegebenen Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis verfügen kann.

Versicherungsnehmer widerspricht. Diese letztere Bestimmung wird zu Gunsten der Hypothekengläubiger außer Kraft gesetzt und zwar gleichviel, ob die Hypotheken angemeldet sind oder nicht; § 104 ermächtigt den Hypothekengläubiger unbedingt, die fälligen Prämien zu bezahlen und dadurch die Versicherung in Kraft zu halten. Hat der Hypothekengläubiger seine Hypothek angemeldet, so ist der Versicherer nach § 102 verpflichtet, dem Hypothekengläubiger unverzüglich Mitteilung[51]) zu machen, wenn er dem Versicherungsnehmer gemäß §§ 39, 91 des Entwurfs eine Frist setzt oder das Versicherungsverhältnis nach dem Ablaufe der Frist wegen unterbliebener Prämienzahlung kündigt. Hierdurch wird der Hypothekengläubiger in den Stand gesetzt, die Prämie zu zahlen oder den Versicherungsnehmer zu ihrer Zahlung anzuhalten oder nach Umständen anderweit für seine Deckung zu sorgen. Als Folge der Nichtmitteilung wird hier aber abweichend von dem Regelfalle des § 99 nicht die Unwirksamkeit der Fristsetzung oder der Kündigung gegenüber dem Hypothekengläubiger festgesetzt, sondern, wie die Begründung bemerkt, nur eine Schadenersatzpflicht des Versicherers begründet. Hierbei wird im allgemeinen zu unterstellen sein, daß der Hypothekengläubiger im Falle der Mitteilung für sein Interesse rechtzeitig Sorge getragen haben würde; hat also der Hypothekengläubiger aus Unkenntnis über den Verfall der Versicherung die Deckung unterlassen und tritt dann ein Versicherungsfall ein, für den keine Entschädigung gezahlt wird, so wird die Schadenersatzpflicht des Versicherers zur vollen vertraglichen Entschädigungspflicht anwachsen.

Diese Vorschriften gelten nicht für die Einlösung des Versicherungsscheines, § 38, d. h. für die Zahlung der Prämie, die vor oder bei dem Beginn der Versicherung zu erfolgen hat,

---

51) Vergl. Anm. 43.

gleichviel, ob es sich hierbei um die einmalige oder um die erste laufende Prämie handelt; die Begründung bemerkt, in dieser Hinsicht komme dem Hypothekengläubiger kein besonderer Schutz zu; wenn der Gläubiger darauf angewiesen sei, sich zu vergewissern, ob der Schuldner überhaupt eine Versicherung genommen habe, so könne es ihm auch überlassen bleiben, festzustellen, ob die genommene Versicherung in Kraft getreten sei.

7. Konkurs des Versicherers.

Wird das Versicherungsverhältnis durch den Konkurs des Versicherers aufgelöst, so bewendet es nach § 99 Abs. 1 Satz 2 bei der Vorschrift des § 13 des Entwurfs, welcher dem Versicherten ohnehin eine Frist von einem Monat seit der Konkurseröffnung gewährt.

8. Der Uebergang der Hypothek auf den zahlenden Versicherer.

Soweit der Versicherer auf Grund der Vorschriften der §§ 99, 100 den Hypothekengläubiger in einem Falle befriedigt, in welchem der Versicherungsnehmer selbst nichts zu fordern haben würde, stellt sich hinsichtlich des Versicherers das Verhältnis zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer ähnlich, wie das Verhältnis zwischen einem Versicherten und einem Dritten, gegen den der Versicherte einen Anspruch auf Ersatz des vom Versicherer vergüteten Schadens hat. § 67 setzt entsprechend altem versicherungsrechtlichem Gewohnheitsrecht den Uebergang dieses Anspruchs auf den zahlenden Versicherer fest. Dies beruht darauf, daß der Dritte von seiner Ersatzpflicht nicht durch die Zahlung des Versicherers befreit werden darf; er würde sonst ohne Rechtsgrund bereichert sein. Dem Schadenersatzanspruche gegen den Dritten entspricht hier die Forderung des Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer, welcher durch die Zahlung des Versicherers an den

Hypothekengläubiger diesem gegenüber von seiner Schuld, sei es der dinglichen oder der persönlichen, befreit wird, ohne daß er seinerseits auf die Zahlung Anspruch hätte, die hier zu seiner Befreiung verwendet wird. Demgemäß setzt § 101 völlig analog dem § 67 fest, daß die Hypothek insoweit auf den Versicherer übergeht, als dieser den Hypothekengläubiger befriedigt, daß aber der Uebergang nicht zum Nachteil eines gleich- oder nachstehenden Hypothekengläubigers geltend gemacht werden kann, welchem gegenüber die Verpflichtung des Versicherers zur Leistung bestehen geblieben ist, also je nach Befund der Umstände nicht zum Nachteil jedes Hypothekengläubigers (§ 100) oder eines solchen, der seine Hypothek angemeldet hat (§ 99)[52].

Auf Wiederherstellungsgelder findet § 101 keine Anwendung, da insoweit keine Befriedigung des Hypothekengläubigers stattfindet, Begründung zu § 101 letzter Absatz. Die Befriedigung des Hypothekengläubigers durch den Versicherer ist keine Befriedigung aus dem Grundstück, so daß von einem Erlöschen der Hypothek aus § 1181 BGB. ohnehin keine Rede sein kann, RG. V, 20. Jan. 1904, Entsch. 56, 322[53].

52) Vergl. Begründung zu § 101, wo die Bedeutung der Vorschrift eingehend erörtert wird. Die Anknüpfung des Ueberganges an § 67 erscheint näher liegend als die Konstruktion der Begründung, die in § 101 lediglich eine Verstärkung des Bereicherungsanspruchs des Versicherers gegen den Eigentümer sieht; ein solcher ist rechtlich überhaupt nicht zu begründen, da der Versicherer nur das leistet, wozu er aus dem Versicherungsvertrage (gegenüber dem Hypothekengläubiger) verpflichtet ist.

53) Durch die Fassung des § 101 wird dem früher einmal (vergl. RG. I, 17. Jan. 1883, Entsch. 8, 169) aus der Fassung des § 12 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen („gegen entsprechende Zession ihrer Rechte") hergeleiteten Bedenken begegnet, daß der Hypothekengläubiger keinen Anspruch erheben könne, wenn die Hypothek zufolge der Zwangsversteigerung des Grundstücks erloschen und eine Zession daher nicht mehr möglich sei.

VIII. Die versicherungsrechtliche Stellung des Hypothekengläubigers.

Die Frage, ob ein im Rahmen der §§ 99 und 100 des Entwurfs erhobener Anspruch als ein eigener Anspruch des Hypothekengläubigers oder als der (fingierte) Anspruch des Grundstückseigentümers zu betrachten ist, welchen der Hypothekengläubiger kraft der ihm eingeräumten Befugnisse in größerem Umfange als der eigentliche Versicherungsnehmer zu verwirklichen vermag, ist nicht lediglich von konstruktivem Interesse, sondern auch von praktischer Wichtigkeit. Die bisherige Rechtsprechung behandelt diesen Anspruch des Hypothekengläubigers fast durchweg als eigenen Anspruch[54]. An sich würde nichts entgegenstehen, in diesen Fällen von dem eigentlichen Versicherungsanspruche des Grundstückseigentümers auszugehen und zu sagen, daß dieser Anspruch gegen gewisse, in der Person des eigentlichen Versicherungsnehmers gegebene Einwendungen und Erlöschungsgründe ebenso geschützt wird, wie in dem Falle des § 1128 BGB. hinsichtlich einer ungerechtfertigten Zahlung (vergl. bei Anm. 17 und 32) oder sonstigen Verhandlung mit dem Eigentümer. Bei dieser Auffassung ist auch für die Fälle des regelmäßigen Vorgehens des Hypothekengläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung, vergl. zu VI, stehen zu bleiben. Man kann den Hypothekengläubiger, der die Pfändung des Versicherungsanspruchs betreibt, in Fällen dieser Art nicht deshalb abweisen, weil hier

54) Vergl. RG. I, 17. Jan. 1883, Entsch. 8, 169; RG. I, 6. Nov. 1889, Entsch. 25, 221 (beide Ansprüche seien in Bezug auf den zu ihrer Substanziierung wesentlichen Tatbestand, als auch hinsichtlich der juristischen Individualität des geltend gemachten Rechtsgrundes verschieden, ein Uebergang von dem einen zum anderen daher Klageänderung); RG. V, 4. Juli 1906, JW. 1906, 557; OHG., 6. April 1875, Entsch. 17, 66 (negotiorum gestio des Eigentümers für den Hypothekengläubiger); anders OLG. Dresden 14. März 1902, Rechtsprechung 5, 319.

kein Anspruch seines Schuldners, sondern ein eigener Anspruch des Hypothekengläubigers vorliege. Namentlich erweist sich diese Auffassung sogar als rechtliche und wirtschaftliche Notwendigkeit, wenn es sich um die Zwangsversteigerung des Grundstücks handelt; denn anderenfalls würde es nicht möglich sein, den Anspruch auf die Entschädigungsgelder zugleich mit dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu verwerten.

Bei dem unmittelbaren Vorgehen des Hypothekengläubigers gegen den Versicherer im Rahmen der §§ 1282, 1228, 1128 Abs. 2 BGB. sind dagegen beide Auffassungen möglich. Hier drängt sich aber die Erwägung auf, daß die Annahme eines vom Hypothekengläubiger verfolgten Anspruchs des Versicherungsnehmers auf einen Umweg, eine reine Fiktion hinauslaufen würde und daß eine solche, wo es irgend angeht, besser zu vermeiden ist. Versicherungsrechtlich handelt es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung [55], die aber den Vorschriften der §§ 74—80 des Entwurfs nur so weit unterliegt, als nicht die besonderen das Verhältnis betreffenden gesetzlichen Vorschriften und die Natur des Verhältnisses entgegenstehen. Namentlich kann danach von einer unmittelbaren Anwendung der §§ 75, 76 über die Abgrenzung der Befugnisse des Versicherungsnehmers und des Versicherten, über die Verfügungsbefugnis des ersteren und über die Legitimationsrolle des Versicherungsscheins keine Rede sein [56]; dagegen ist es keine Be-

---

55) Vergl. Ehrenberg, Versicherungsrecht § 19 S. 177, 179 zu c; § 27 S. 313 bei Anm. 83; § 38 zu 1 S. 468 und an anderen Stellen. Anderer Ansicht Reinbeck § 6 S. 57 ff. und die dort Angeführten; § 8 S. 86 bei Anm. 85. Ueber die Frage des eigenen Klagerechts des Hypothekengläubigers vergl. auch Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899, § 74 S. 588 Anm. 127.

56) Vergl. hinsichtlich des Nießbrauchs die Begründung zu § 105, 106, zweiter Absatz.

sonderheit, daß hier die Person des Hypothekengläubigers bei Abschluß des Versicherungsvertrages in keiner Weise berücksichtigt wird, vielleicht sogar erst später dem Verhältnis hinzutritt und daß hier im Rahmen desselben Vertragsverhältnisses die Eigenversicherung des Eigentümers und die Versicherung für fremde Rechnung (für Rechnung des Hypothekengläubigers) nebeneinander her und durcheinander laufen [57]. Beides kann auch bei Anwendung des § 80 des Entwurfs allgemein in Frage kommen.

Die praktische Spitze dieser Auffassung liegt einerseits darin, daß der Hypothekengläubiger, wenn ihm ein eigenes Recht zuzusprechen ist [58]), namentlich berechtigt erscheint, auch ohne die Voraussetzungen und Beschränkungen der §§ 1281, 1282 BGB. sein Recht gegenüber dem Versicherer zu verfolgen; andererseits und hauptsächlich ist es aber nur auf diesem Wege versicherungsrechtlich möglich, dem Hypothekengläubiger die ihm gebührende Stellung innerhalb, nicht außerhalb des Versicherungsverhältnisses zuzuweisen. Die Begründung bemerkt beiläufig zu § 99 Abs. 3, daß der Hypothekengläubiger, wenn ihm selbst hinsichtlich einer betrügerischen Ueber- oder Doppelversicherung ein arglistiges Verhalten zur Last falle, von

57) Vergl. auch Ehrenberg § 27 S. 307.

58) Hier kann auch die Anwendung des § 12 Abs. 2 des Entwurfs in Betracht kommen, welcher die Frist einer gerichtlichen Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs regelt. Es wird sich nicht ablehnen lassen, die durch Versäumnis der Klagefrist entspringende Leistungsfreiheit unter § 100 des Entwurfs zu bringen, so daß die Verpflichtung des Versicherers dem Hypothekengläubiger gegenüber bestehen bleiben würde. Daß der Versicherer in diesem Falle nicht auf unbeschränkte Dauer gebunden bleiben kann, leuchtet ein; eine Uebertragung des § 12 Abs. 2 auf den Hypothekengläubiger in dem Sinne, daß der Versicherer diesem gegenüber den Anspruch schriftlich ablehnt und damit die vereinbarte Klagefrist in Gang setzt, läßt sich aber nur dann rechtfertigen, wenn man den Hypothekengläubiger als wirklichen Versicherten auffaßt.

vornherein keinen Anspruch gegen den Versicherer habe. Die gleiche Frage kann hinsichtlich des § 61 (vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Hypothekengläubiger), hinsichtlich der Verletzung vertraglicher Obliegenheiten und dergl. auftauchen und bei Gefahrerhöhungen, die durch den Hypothekengläubiger vorgenommen werden, macht es einen großen Unterschied, ob der Hypothekengläubiger als versicherte Partei oder als neben dem Versicherungsverhältnis stehender Dritter aufzufassen ist. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß in allen diesen Beziehungen nur die Auffassung dem Wesen des Verhältnisses gerecht wird, die den Hypothekengläubiger als wirklichen Versicherten betrachtet[59]).

59) Ueber die Schwierigkeit, auf anderem Wege zu einer sachlich gerechtfertigten Entscheidung zu gelangen, vergl. auch Schneider in der ZVersWiss. 5, 273 bei Anm. 1.

Nachdruck verboten.

V.

Wesen und Bedeutung der Unterwerfungsklausel.

(Eine neue Theorie des Rechtsschutzanspruchs.)

Von Dr. jur. **Leo Ahsbahs**, Gerichtsassessor in Kiel.

Es soll versucht werden, im folgenden eine juristische Konstruktion der im § 794 Ziff. 5 ZPO. erwähnten vollstreckungsfähigen Unterwerfungsurkunden zu geben. Aus unserer an der Rechtspraxis dieses Instituts zu erprobenden Theorie ergeben sich nicht unerhebliche Konsequenzen. Dem ersten kritisch-konstruktiven Teile der Arbeit folgt der historisch-legislatorische Teil. Es wird der Vorschlag vertreten, die sachliche Kompetenz für vollstreckbare Beurkundung über die enge Schranke des geltenden Rechts hinaus zu verallgemeinern. Vielleicht wird damit ein geringer Beitrag zur brennenden Frage der Entlastung unserer Zivilgerichte geliefert.

Wir gehen von einer Erfahrung der Praxis aus, von dem häufigsten Fall der gerichtlichen Unterwerfungsklausel. Das ist die vollstreckbare Verpflichtung des außerehelichen Erzeugers nach vorausgegangener öffentlicher Anerkennung der Vaterschaft. Das Bedürfnis der Praxis hat ein eigenes Formular für diese Verhandlung geschaffen (Nr. 32 der freiw. Gerichtsbarkeit). Die Unterwerfungsklausel ist mitvorgedruckt. Dann folgt

vorgedruckt die Annahmeerklärung des Vormundes und die Eröffnung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Um zur Formulierung unserer an dies Formular anzuknüpfenden Rechtsfrage zu gelangen, müssen wir die in Betracht kommenden Tatbestände unterscheiden. Es ist klar, daß eine der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftige Vereinbarung (§ 1714 BGB.) vorliegt, wenn etwa dem Vater Naturalverpflegung zugestanden wird, oder wenn der Vormund, um von dem unsicheren Schuldner überhaupt eine regelmäßige Leistung zu erhalten, auf weitergehende Unterhaltsbeiträge verzichtet. Das sind aber Ausnahmefälle. Doch die Praxis benutzt, man kann wohl sagen: durchweg, das ganze Formular einschließlich des Schlußpassus der Annahmeerklärung des Vormundes mit folgender richterlicher Genehmigung in allen Fällen der freiwilligen Unterwerfung des Erzeugers. Wird der Vormund ausnahmsweise zu jenem Akt nicht mitherbeigezogen, so wird ihm die Erklärung des Erzeugers in Gestalt einer Protokollabschrift zur Erlangung der Annahmeerklärung zugeschickt. Zu bemerken ist, daß die Benachrichtigung des Erzeugers von der Annahmeerklärung des Vormundes, die ja einen Vertrag erst perfekt machen würde, eigentlich nie ausgeführt wird. Der Vormundschaftsrichter eröffnet dem Vormund die Genehmigung. Das gegebene Formular legt dies Verfahren nahe. Der erdrückenden Mehrzahl der Fälle entsprechen jedoch unseres Erachtens jene Umständlichkeiten nicht; sie sind nicht nur als unschädliches superfluum zu betrachten, sondern direkt als unrichtig zu bezeichnen. Wir vertreten die Praxis, daß in der Regel die Verhandlung mit der zweiten Seite des Formulars abzuschließen, der erwähnte Schlußpassus also wegzulassen ist. Wenn der vorgeladene angebliche Erzeuger seine Vaterschaft bejaht hat, kommt als Zweck der weiteren Verhandlung in Betracht, zur Vermeidung eines Prozesses für

den Mündel sofort einen Vollstreckungstitel zu erlangen. Dieser Zweck ist erfüllt, wenn der Schuldner sich bezüglich einer ausreichenden Summe der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft — er ist, wie wir sehen werden, in beschränktem Maße erfüllt, wenn der Erzeuger sich für eine geringere Summe unterwirft. — Mehr Inhalt der Verhandlung liegt im allgemeinen nicht im Interesse des Mündels; weiter darf daher der Vormundschaftsrichter oder entsprechend der ersuchte Richter nicht gehen. Der Erzeuger verlangt, wenn er überhaupt zur freiwilligen Unterwerfung bereit ist, einen Vergleich mit dem Vormund nur in den selteneren Fällen, wenigstens in den gewöhnlich in Betracht kommenden Gesellschaftskreisen. Wie kann es da der Aufgabe des Vormundschaftsrichters entsprechen, zu Ungunsten des Kindes auf einen solchen Vergleich hinzuwirken, der, nebenbei erwähnt, auch dem Erzeuger oft nicht einmal anzuraten wäre, zumal das deutsche Gerichtskostengesetz in steuerpolitischer Entgleisung einen entsprechenden Prozeßvergleich sogar etwas geringer belastet als das preußische Gerichtskostengesetz jenen vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgeschlossenen Vergleich.

Die geschilderte Praxis ist aber, auch von dem verführerischen Formular abgesehen, nicht so sehr verwunderlich, wenn man auf die vorliegende Literatur zu jener Materie blickt. Der Umblick nach einer rechtlichen Konstruktion der Unterwerfungsklausel ergibt eigentlich ein völliges Blanko in der Rechtsliteratur. Wenn überhaupt auf die juristische Natur der Klausel eingegangen wird, spricht man ohne weitere Begründung von einem Unterwerfungs*vertrage*, von *vertragsmäßigen* Vollstreckungstiteln, von einem auf Aenderung des Rechtsverhältnisses gerichteten *Vertrage*; so unter anderen: Entsch. des RG. vom 12. Juni 1899 bei *Johow* 19, 161, nicht 151, wie *Mügel* 4. Aufl. 1904 zitiert; Entsch. des RG. vom

3. Febr. 1902 in OLGRspr. 4, 395; Kohler im ArchCivPrax. 72 (1888), 1 ff. u. a.; Martinius in GruchotsBeitr. 41 (1897), 376; Weismann, Lehrb. des deutschen ZPrR. (1905), 34 ff.

Was sollte denn Gegenstand dieses Vertrages sein? Will man die Anwendung der öffentlichen Rechtsnormen über die Zwangsvollstreckung in diesem Falle auf geeinigten Parteiwillen zurückführen? Soll der Inhalt des Vertrages in der Ausschließung des gewöhnlichen Erkenntnisverfahrens bestehen? Oder wirft man einen zu Grunde liegenden privatrechtlichen Vertrag und die Unterwerfungsklausel juristisch zusammen? Alle drei Auslegungsmöglichkeiten scheinen mir das Verständnis unserer Materie wenig zu fördern. Die Vertragstheorie leidet an ihrer eigenen Unbestimmtheit, findet auch im Gesetz nicht die geringste Stütze. Es heißt nur: der Schuldner soll sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben. Die Vertragstheorie muß dies sinngemäß dahin umändern, daß der Schuldner sich dem Gläubiger zur Veranlassung sofortiger Zwangsvollstreckung unterworfen haben müsse. Die Vertragstheorie muß konsequent verlangen, daß der Unterwerfungsvertrag, also auch die Annahmeerklärung des Gläubigers, aus der Urkunde selbst hervorgehe.

Unterwerfungsvertrag! Schon das Wort enthält eine starke Ungereimtheit. Es erinnert an den allgemeinen Untertanenvertrag der naturrechtlichen Schule. Vertragsparteien verpflichten sich wohl eine der anderen, unterwerfen sich aber nicht einander. Ein gesundes Sprachgefühl hat den Gesetzgeber vor Anklängen an die Vertragstheorie bewahrt.

Was bedarf man denn, wird eingewandt werden, de lege lata einer juristischen Konstruktion, wenn der Gesetzgeber mit klaren Worten spricht? Weshalb begnügen wir uns nicht mit der Tatsache einer Unterwerfungsklausel, die dem Gesetzeswort-

laut entspricht? Die kürzeste Antwort ist der Verweis auf die vorhin angedeutete Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Unsere Konstruktion begründen wir kurz folgendermaßen. Wir operieren mit einem „Rechtsschutzanspruch" des Verpflichteten.

Wenn von „Rechtsschutzanspruch" überhaupt gesprochen wird, so versteht man darunter, kurz gesagt, den öffentlich-rechtlichen Anspruch des Klägers auf Schutz durch das Gericht. Die Argumente, die gegen die Berechtigung dieses Wach-Laband-Hellwigschen Begriffes geltend gemacht worden sind, brauchen hier nicht rekapituliert zu werden. Wir heben nur hervor, daß der Staat z. B. auch mit einem unrichtigen Urteil seiner Rechtspflegepflicht genügt hat, ohne daß ihn der Vorwurf der Rechtsverweigerung trifft. Ein rechtskräftiges Urteil also, kann man sagen, befriedigt auch, wenn es unrichtig ist, den Rechtsschutzanspruch. Hellwig ist ja in Polemik gegen Kohler bekanntlich anderer Ansicht. Da wir einen anderen Begriff des „Rechtsschutzanspruchs" aufstellen, können wir von einer Erörterung jener prozessualen Streitfrage absehen, deren Gegenargumente uns nicht treffen.

Der zu verwendende Ausdruck hat sich freilich für den neuerdings besonders von Hellwig verfochtenen Begriff so sehr eingebürgert (d. h. in Juristenkreisen), daß man gar nicht daran denkt, mit ihm einen bei historischer Betrachtung des Prozeßrechts gewiß näher liegenden Begriff zu verbinden.

Dem Prozeßverfahren geht geschichtlich das Selbsthilfeverfahren voraus. Wenn man sich sozialpsychologisch in den Uebergang dieser Entwickelungsstadien hineindenkt, so wird man zu der Annahme getrieben, daß der Gerichtsschutz an die Stelle des Selbsthilfeverfahrens gesetzt wurde, um die Gaugenossen vor dem willkürlichen Vorgehen einiger Stärkeren unter dem Titel rechtmäßiger Selbsthilfe zu schützen. Man wird

finden, daß die Fortentwickelung mindestens ebenso sehr zu Gunsten des in Anspruch genommenen schwächeren Schuldners wie zu Gunsten des Gläubigers stattfand. Nicht in erster Linie dem Gläubiger sollte die Durchsetzung seines Rechts erleichtert werden; sie erfolgte ja vorher viel schneller und prompter auf dem Wege der Selbsthilfe.

Der historische Hauptgrund für den Eingriff obrigkeitlichen Rechtsschutzes ist vielmehr in einem Fortschreiten des sozialen Bewußtseins zu sehen, das es nicht mehr duldete, die Volksgenossen unberechtigter Eigenmacht der Starken preiszugeben. Daß die Fortbildung des Rechts im allgemeinen durch Zusammenschluß der Schwächeren erfolgt, ist mehr als eine Hypothese. Nur ist natürlich der Fall gleichzustellen, daß — um im Bilde zu bleiben — die Stärkeren die Interessen der Schwachen zum Gegenstand eines Kampfes unter sich selbst machen. Wir brauchen hier nur allgemein an die Iheringsche Rechtsauffassung zu erinnern.

So ergibt sich historisch ganz natürlich unser Begriff eines Rechtsschutzanspruchs gerade jedes in Anspruch Genommenen. Es ist der öffentlich-rechtliche Anspruch — an den positiven Anspruchsbegriff des Privatrechts ist dabei nicht zu denken — jedes Verpflichteten (a fortiori), erst nach vorausgegangenem gerichtlichen Verfahren leisten zu müssen; im weiteren Sinne genommen, umfaßt er den Anspruch, nur im Wege der öffentlichen Zwangsvollstreckung leisten zu müssen. Dieser Anspruch tritt als solcher natürlich um so weniger hervor, je mehr der historische Zusammenhang des Prozesses mit dem Selbsthilfeverfahren abgeschnitten wurde. Heute ist das einst allmächtige Selbsthilfeverfahren als Ausnahmeerscheinung ins materielle Recht verwiesen. Aber auch heute noch bestehen besondere Garantien für unseren Rechtsschutzanspruch des angegangenen Rechtsgenossen. Vor allem verpflichtet seine Verletzung in

weitestem Umfange nach dem Veranlassungsprinzip zum Schadensersatz (§ 231 BGB.).

Das römische Recht knüpfte an seine Verletzung sogar Verlust der Forderung: „ius crediti non habebit" heißt es im decretum divi Marci; vielleicht ist nach dem Prinzip der Talion genauer: Verlust des klägerischen Rechtsschutzanspruchs, der actio, gemeint. Aehnlich bestimmt hinsichtlich des Eigentums die Dreikaiserkonstitution vom Jahre 389 l. 7 C. unde vi 8, 4. Auch hier scheint der Talionsgedanke überboten. Privatrechtliche Strafen sind ja dem römischen Rechtsbewußtsein geläufiger.

Unser „schuldnerischer" Rechtsschutzanspruch ist kein Anwendungsfall des in dem größten Teil der Prozeßliteratur jetzt üblichen „klägerischen" Rechtsschutzanspruchs. Es handelt sich allerdings um eine analoge Erscheinung; aber gerade die Uebertragung des Gedankens auf die Passivseite, die bei richtiger historischer Betrachtungsweise näher lag als die Verwendung für die Aktivseite, ist in der Literatur bisher noch nicht erfolgt. Hellwig spricht unter anderem in seiner Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Zivilprozeßrechts „Klagrecht und Klagmöglichkeit" (1905) S. 47 im Vorbeigehen von einem Rechtsschutzanspruch des Beklagten; aber er meint damit eben seinen, den Wach-Hellwigschen Rechtsschutzanspruch, der hier nur im Gewande der Verteidigung oder der Widerklage auftritt. Er denkt nicht daran, einen gemeinsamen Begriff für die Rechtsgarantien aufzustellen, die durch das Prozeßrecht der angegriffenen Partei zu teil geworden sind, er denkt nicht an unseren „schuldnerischen" Rechtsschutzanspruch. Auch an anderen Stellen spricht sich Hellwig vollkommen klar aus, so in der erwähnten Schrift S. 79 Note 7: „Der Rechtsschutzanspruch kann nur dem einen oder dem anderen zustehen." Wir sagen, Anerkennung

des Hellwigschen Begriffes vorausgesetzt: Beiden steht ein Rechtsschutzanspruch zu, nur mit verschiedenem Inhalt. Davon ist in der Literatur auch nach Hellwig keine Rede. Der Hellwigsche „Rechtsschutzanspruch des Beklagten", den Grosse in BuschZ. 36 (1906), 113 ff. unter Zurückweisung der Pagenstecherschen Kritik eingehend verteidigt, ist doch nur das „Widerspiel" (Stein) des klägerischen Rechtsschutzanspruchs; sagt doch Grosse, a. a. O. 122 unten selbst: ob ein Rechtsschutzanspruch des Klägers oder des Beklagten anzunehmen, hängt davon ab, ob der „Träger des Rechts in einem zur Entscheidung über jenes Rechtsverhältnis fähigen Prozeß in die Rolle des (Klägers oder) Beklagten gedrängt worden ist", also vom reinen Zufall, der außerhalb des Tatbestandes liegt.

Unsere kurze Ausführung legt schon hinreichend klar, auf welches Ziel wir bei unserer Rechtsfrage hinauswollen: durch die Unterwerfungsklausel gibt der Schuldner hinsichtlich des fraglichen materiellen Anspruchs seinen prozessualen Rechtsschutzanspruch auf. Er verzichtet auf das Erkenntnisverfahren, nicht dem Gläubiger gegenüber: die private Gegenpartei erscheint für die Entgegennahme eines Verzichts auf ein öffentliches Rechtsgut wenig kompetent. Deshalb ist mit Recht öffentlicher Verzicht vorgeschrieben. Dieser ist erforderlich und genügend; er richtet sich an den fungierenden öffentlichen Beamten. So wird auch der Gebrauch des Ausdrucks „sich unterwerfen" verständlich, wenn man sich dessen bewußt ist, daß hier ein öffentliches Rechtsverhältnis in Frage steht. In unserem Ausgangsbeispiel richtet der Erzeuger überhaupt gar nicht eine Offerte an den Vormund; für eine Annahmeerklärung des letzteren ist daher ebenfalls kein Raum, geschweige denn für eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Aber, wir wollen es noch einmal betonen, diese Seite des Rechtsaktes ist nicht zu ver-

wechseln mit dem möglicherweise gleichzeitig abgeschlossenen Privatrechtsgeschäft zwischen den Beteiligten. Ein solches liegt eben im Regelfall der Anerkennung eines unehelichen Kindes nicht vor. Man verkleinere doch nicht unnatürlich die Bedeutung der öffentlichen Vaterschaftsbekennung. Der nicht unbedenkliche § 1718 BGB. sagt allerdings nur, der Anerkennende könne sich nicht darauf berufen, daß ein anderer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe. Sollte die Bedeutung jener öffentlichen Erklärung wirklich mit dieser negativen Funktion völlig erschöpft sein? Das ja überhaupt selten berechtigte argumentum e contrario wird auch bei § 1718 nicht am Platze sein. Wir meinen: im Gegenteil, nicht nur inter partes, sondern öffentlich — darin ist ein plus, nicht ein minus zu erblicken — legt der Erzeuger fest, daß er der Vater ist und demgemäß kraft Gesetzes zur Unterhaltung des Kindes verpflichtet. Die Anerkennung ist also der Hauptakt unseres Formulars. Daraufhin würde das Kind im Prozeßwege schon einen Vollstreckungstitel erlangen, wenn der Erzeuger die freiwillige „Unterwerfung" verweigern sollte.

Aber stehen nicht die Konsequenzen unserer Konstruktion der Unterwerfungsklausel mit dem in einschlägigen Entscheidungen niedergelegten Bedürfnis der Praxis im Widerspruch? Bezüglich der Frage des Zustandekommens der Klausel haben wir den Vorzug unserer Konstruktion bereits hinreichend deutlich gemacht. Es sei noch kurz hinzugefügt, daß in dem ausführlich erwähnten typischen Falle der Vormundschaftsrichter die angebotene Unterwerfung auch dann entgegenzunehmen haben wird, wenn die Summe, wegen deren sie angeboten wird, geringer ist als der übliche Alimentensatz. Die entgegengesetzte Praxis erklärt sich aus der Vertrags- bezw. Vergleichstheorie, die wir abgelehnt haben.

Muß nicht hinsichtlich der Wirkung der Unterwerfungsklausel gerade unsere Konstruktion zu der in der Praxis oft gehörten Gleichstellung der vollstreckungsfähigen Urkunden mit den rechtskräftigen Erkenntnissen führen? Verzicht auf den Rechtsschutz im Erkenntnisverfahren, sollte man meinen, schaffe die gleiche Rechtslage wie der urteilsmäßige Abschluß des ja grundsätzlich vom Dispositivprinzip beherrschten Zivilprozesses? Von verschiedener Seite wird die Ansicht vertreten, es handle sich hier um ein Analogon zur positiven und negativen Funktion der exceptio rei iudicatae. Das wird üblich in die Formel gekleidet — so durch L. Seuffert, Kommentar zur ZPO. 2[8], 1903, 6e zu § 794 —, eine Klage auf Grund des beurkundeten Rechtsgeschäfts sei wegen Mangels des Rechtsschutzbedürfnisses ebenso zurückzuweisen wie eine Klage „auf Grund eines vollstreckbaren Urteils" — soll richtiger heißen: „aus einer rechtskräftig entschiedenen Sache". Dieser Standpunkt ist offensichtlich zu engherzig, wie Entscheidungen der höchsten Gerichte auch wiederholt ausgesprochen haben: RG. 1. Febr. 1893 in GruchotsBeitr. 38, 183, SeuffA. 48 Nr. 300; OLG. Marienwerder 12. Febr. 1897, SeuffA. 53 Nr. 62; OLG. München 3. Mai 1904, SeuffA. 60 Nr. 248 u. a.

Bei den vollstreckbaren Urkunden fehlt eben das Charakteristische des Urteils, der öffentliche Ausspruch des Richters über einen Privatrechtsanspruch, sei es auch auf Grund von Anerkenntnis oder Versäumnis. Was das Reichsgericht in der Entscheidung vom 1. Juli 1896 (Entsch. 37, 418) diesbezüglich über den gerichtlichen Vergleich im Verhältnis zum Urteil sagt, gilt auch für unseren Vollstreckungstitel, wenn wir auch im übrigen die Kohlersche Ansicht[1]), der gerichtliche Vergleich sei mit den Unterwerfungsurkunden auf eine Stufe zu stellen, be-

---

[1]) „Ueber exekutorische Urkunden" im ArchCivPrax. 72 (1888), 19 u. a.

kämpfen müssen. Der gerichtliche Vergleich ist begriffsnotwendig ein Vertrag, ein durch das Bedürfnis nach Interessenausgleich diktiertes Geschäft. Die Unterwerfungsurkunde dagegen enthält nicht notwendig eine Vereinbarung über das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien. Dem der Unterwerfungserklärung zu Grunde gelegten Anspruch braucht durchaus keine neue Rechtsgarantie hinzugefügt zu werden, abgesehen von der Unterwerfungsklausel, wie wir an unserem Beispiel gesehen. Das Wesen der vollstreckbaren Unterwerfungsurkunde ist eben der öffentliche Verzicht auf den schuldnerischen Rechtsschutzanspruch, der allein schon die Vollstreckungsfähigkeit als notwendige Rechtsfolge nach sich zieht[1]). Exekutive Vertragsurkunden, von denen Kohler redet, werden nicht verlangt. Die Kohlersche Polemik gegen die Unterwerfungsklausel überhaupt werden wir noch im zweiten Abschnitt zu behandeln haben.

Das Erwähnte dürfte genügen zur Unterscheidung unserer Urkunden vom Urteil. Es diente zur begrifflichen Klarstellung. Daß tatsächlich besonders in der notariellen Praxis zumeist ein gleichzeitig beurkundeter Vertrag der Anlaß einer Unterwerfungserklärung ist, wird ja damit nicht in Abrede gestellt. Auch folgendes muß betont werden: Tatsächlich besteht wohl stets eine große Unwahrscheinlichkeit späteren Streites. Anfechtungseinreden und sonstige Einwände gegen den Anspruch bilden, wenn auch nicht im Vorbringen, so doch in Erreichung einer auch nur vorläufigen Durchschlagskraft gegenüber der öffentlichen Urkunde die Ausnahme. Unsere vorausgehende Ausführung gegen die theoretische Gleichstellung von Unterwerfungs-

1) Die dadurch sich ergebende Möglichkeit einer „Gezweitheit“ der Unterwerfungsurkunden hat schon Kohler ebendort Bd. 80 S. 144 erkannt, aber ohne dadurch auf die konstruktive Verschiedenheit der beiden Rechtsakte gekommen zu sein.

urkunde und Urteil spricht daher nicht gegen die praktische Verwertbarkeit der ersteren. Wegen der unseres Erachtens willkürlich engen Beschränkung des Gegenstandes vollstreckbarer Beurkundung, vielleicht auch aus anderen Gründen, wird allerdings von der Unterwerfungsklausel überhaupt zu wenig Gebrauch gemacht. Bei der späteren historischen Ableitung unseres positiven Rechtszustandes kommen wir hierauf zurück.

Es fragt sich: Schließt nicht unsere Konstruktion auch theoretisch eine Klage auf Grund des unterstellten Anspruchs aus? Der angebliche Schuldner hat ja auf Gerichtsschutz verzichtet. Gewiß! Aber der Gläubiger kann an der urteilsmäßigen Feststellung der Schuld nachträglich ein besonderes Interesse erlangen. Gerade unsere Verzichtstheorie wahrt dies Interesse des Gläubigers, während die Vertragstheorie vielleicht zu dem Resultat des Ausschlusses einer Klage kommen muß. Spricht man doch in der Praxis gerade von dem auf Ausschließung des Rechtsweges gerichteten Unterwerfungsvertrage.

Die in der Literatur erörterte Streitfrage, ob die Unterwerfungsklausel im „Hauptakt" enthalten sein müsse, oder auch im „Anerkennungsakt" erklärt werden könne (vergl. Falkmann, Zwangsvollstreckung[2] 1899 ff. S. 73 ff. bes. 74 Note 58), läßt sich überhaupt nur vom Standpunkte der Vertragstheorie aus aufwerfen.

Für uns ist die Unterwerfungsklausel der einzig wesentliche Hauptakt unserer Urkunden. Ein materiellrechtlicher Akt, sei es nur ein Anerkennungsakt, braucht nicht vorzuliegen. Hierauf beruht, um unser Ausgangsbeispiel wieder ins Auge zu fassen, die von der Rechtsprechung betonte selbständige Bedeutung der Anerkennung der Vaterschaft im Verhältnis zur Unterwerfungsklausel. Entsch. des LG. Görlitz vom 18. März 1902 in JW. 1902 S. 244.

Eine auch für unsere Materie bedeutsame recht wichtige

Streitfrage der Praxis ist durch die Existenz des § 1593 BGB. veranlaßt[1]). Nach der herrschenden Praxis kann ein im Ehebruch erzeugtes Kind seinen angeblichen Erzeuger nicht in Anspruch nehmen, solange nicht gemäß §§ 1593 ff. BGB. die Ehelichkeit mit Erfolg angefochten ist[2]). In den für den Vormundschaftsrichter besonders in Betracht kommenden Volkskreisen liegt der Fall oft so, daß der Ehemann der Mutter diese dauernd verlassen und kein Interesse an der Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes hat. Wäre die zuvor angedeutete Rechtsansicht richtig, so würde auch der Vormundschaftsrichter den tatsächlichen Erzeuger nicht zur Unterhaltung des Kindes heranziehen, insbesondere ihn nicht zur Unterwerfungserklärung veranlassen können. Denn seine Erklärung, dem Kinde den Unterhalt schuldig zu sein, wäre unrichtig, und eine ersichtliche Unrichtigkeit zu Protokoll zu nehmen, kann dem öffentlichen Beamten nicht zugemutet werden. Wir sehen uns genötigt, der erwähnten Auslegung des § 1593 in der Praxis entgegenzutreten. Nicht auf einer Wortinterpretation dieses Paragraphen fußen wir, etwa auf einer Auslegung des Wortes „geltend machen"; das würde zu unsicheren Ergebnissen führen. Eher schon könnte das moralische Argument zwingen: die gesetzliche Verhüllung und Entstellung tatsächlicher Verhältnisse darf nicht über die Grenzen des Allernotwendigsten hinausgehen; § 1593 muß als lediglich im Interesse der Allernächstbeteiligten, des gesetzlichen Vaters und des Kindes, gegeben angesehen werden. Auch das Familienrecht ist möglichst von dem Makel der Unwahrhaftigkeit freizuhalten. Doch schlägt dies Argument für die Erforschung des bestehenden Rechts noch nicht durch. Es

1) Die Wissenschaft hat sich der anzudeutenden Streitfrage noch nicht bemächtigt.

2) Veröffentlicht ist eine Entscheidung des LG. Hamburg in einem der früheren Jahrgänge des CBlFG.

ist mehr Erwägung de lege ferenda. Die gesetzliche Basis unserer Auffassung ist der § 644 ZPO., die Bestimmung, daß die Vorschriften über das Verfahren in Statussachen, besonders über die Wirkung des Urteils für und gegen alle, nicht gelten für einen Rechtsstreit, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft zum Gegenstande hat. So der Wortlaut dieses Paragraphen. Aus seinem Inhalte ziehen wir einen unseres Erachtens entscheidenden Rückschluß auf die Natur der Klage des Kindes gegen seinen unehelichen Erzeuger. Die herrschende Ansicht sagt, zum Klagegrunde gehöre die Behauptung der Unehelichkeit des Kindes; deshalb liege in der Alimentenklage eine Geltendmachung der Unehelichkeit. Wir sagen: Geltendmachung der unehelichen Vaterschaft des Beklagten und Geltendmachung der Unehelichkeit des Klägers ist etwas wesentlich Verschiedenes. Da durch eine Klage gemäß § 644 ZPO. die Unehelichkeit des Klägers nicht statusmäßig festgestellt wird, so gehört ihre Behauptung naturgemäß auch nicht zum Klaggrunde. Der Alimentenkläger will ja gar nicht geltend machen, daß die Voraussetzungen der Ehelichkeit nach §§ 1591 ff. BGB. in seiner Person nicht gegeben sind; er behauptet nur die Erfüllung des in § 1717 verlangten Tatbestandes. Die Alimentenklage hat nicht das in § 1593 vorausgesetzte negative Ziel einer Statusklage auf Unehelichkeit, sie verlangt nur Erfüllung einer den Familienstand gar nicht berührenden gesetzlichen Unterhaltspflicht. Würde man sich nach Vorbild der römischen Juristen eindringlicher die Frage vorgelegt haben, welcher Klagtypus ist gegeben, anstatt in Ueberspannung des Prinzipes iura novit curia nur nach den nackten Klagtatsachen zu fragen, so hätte § 1593 kaum den Anstoß erregt, den die Praxis genommen hat. Schon der Umstand müßte doch die größten Bedenken hervorrufen, daß nach der herrschenden Ansicht der unvermögende gesetzliche Vater es voll-

kommen in seiner Hand hätte, das nachweisbar uneheliche Kind seiner Frau mittellos zu stellen. Bei derartigen unerquicklichen, aber im Großstadtleben leider nur zu häufigen Familienverhältnissen würde, wenn die erwähnte herrschende Gerichtsauffassung ins Volk überginge, der „betrogene“ Ehemann schon aus Rachsucht und Schikane die Anfechtung der Unehelichkeit eines Kindes von der Hand weisen, um ihm nicht eine andere gesetzliche Unterhaltsquelle zu erschließen. Entziehung der Elternrechte brächte ja keine pekuniäre Abhilfe. Unsere Auffassung dagegen ermöglicht eine den Interessen des Kindes gerecht werdende Auslegung des § 1593. Man vergegenwärtige sich doch auch die prinzipielle Ansicht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das den Unterhaltsanspruch gegen den außerehelichen Erzeuger gegenüber dem Unterhaltsanspruch der Verwandten erheblich begünstigt. Nach unserer Ansicht bestehen keine Bedenken, den ehebrecherischen Erzeuger auch vor erfolgter Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes zu dessen Unterhalt zu zwingen. Also hat der Vormundschaftsrichter keinen Grund, in diesem Falle vor der Entgegennahme einer Unterwerfungserklärung des Erzeugers bei noch nicht erfolgter Anfechtung zurückzuscheuen.

Endlich ist noch die Frage der einschlägigen Literatur zu erwähnen, ob auch einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten eine Unterwerfungsklausel zu Gunsten des Dritten hinzugefügt werden könne.

Falkmann, a. a. O. 76 bejaht die Frage ohne weitere Begründung, Bezug nehmend auf eine Entsch. des RG. vom 21. Febr. 1896 (JW. 1896 S. 199 Nr. 56). Hier ist allerdings nur verneint, daß bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter nach badischem Recht die Vollstreckungsklausel dem bedachten Dritten schon vor dessen nach Art. 1121 bad. LR. erforderter Annahme erteilt werden könne. Von der Unterwerfungsklausel spricht die Entscheidung nicht. Die Wirksam-

keit der Unterwerfung zu Gunsten eines Dritten kann die Vertragstheorie höchstens nur rechtfertigen, wenn sie der Bähr-Hellwigschen Vollmachtstheorie in der Konstruktion des Vertrages zu Gunsten Dritter folgt. In die Erörterung dieser Streitfrage kann hier nicht eingetreten werden. Wir halten die Ansicht Hellwigs für verfehlt, die „berechtigenden" und die „bloß ermächtigenden" Verträge auf Leistung an Dritte in eine juristische Kategorie zu stellen und erstere Unterart jener qualifizierten Verträge von der zweiten durch die verstärkte Stellung des Dritten unterschieden zu betrachten. Hellwig hat sich durch die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestechen lassen. Das Charakteristische ist nicht, daß eine Vollmachtstellung zum selbständigen Recht, sagen wir: potenziert wird; das Eigenartige jener Rechtserscheinung ist, daß die Vollmachtsgrundsätze über den Haufen geworfen sind, wie hier jedoch nicht näher ausgeführt werden kann zur Verteidigung der Siegel-Ungerschen Kreationstheorie. Nur der privatrechtliche Vertrag zu Gunsten Dritter — den Ausdruck behalten wir bei; der Gesetzgeber kann nur Rechtsnormen diktieren, nicht auch Rechtsbegriffe vorschreiben, ohne auf das Herrschaftsgebiet der Rechtswissenschaft überzugreifen; daß er letzteres wollte, ist nicht zu unterstellen — nur der privatrechtliche Vertrag zu Gunsten Dritter ist grundsätzlich zugelassen. Auf öffentlichrechtliche Wirkungen kann das nicht ohne weiteres ausgedehnt werden. Den Unterwerfungsvertrag zu Gunsten eines Dritten wird man also schon aus diesem Gesichtspunkt für unzulässig halten müssen. Unsere Verzichtstheorie legt keine Schwierigkeiten in den Weg; sie läßt die Frage nicht als zugleich in die Materie des Vertrags zu Gunsten Dritter gehörig erscheinen. Praktisch wird sie auch in unserem Ausgangsfall. Oft treten Mündelmütter und Erzeuger schon mit einem perfekten Vertrag vor den Vormundschaftsrichter, worin auch dem

Mündel ausreichend Alimente ausgesetzt sind; nach den Umständen also ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten, des durch den noch zu bestellenden Vormund vertretenen Kindes. Dieser Fall ist besonders interessant wegen des Schlaglichts, das er auf die Bedeutung des § 1714 BGB. wirft. Es dürfte, insbesondere bei Annahme unserer Theorie, zweifellos sein, daß der Vormundschaftsrichter den Erzeuger sich der sofortigen Zwangsvollstreckung wegen des beurkundeten Anspruchs des Mündels aus dem zu seinem Gunsten geschlossenen Vertrage unterwerfen lassen kann. Zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Vertrages wird er aber hier nicht so leicht kommen wie in dem Regelfalle, weil § 1714 nur von Vereinbarung zwischen Vater und Kind spricht; mit gutem Grunde: jede andere Vereinbarung bringt nach den Grundsätzen des Vertrages zu Gunsten Dritter entweder dem Kinde lediglich einen neuen Anspruch oder sie ist überhaupt unwirksam für das Kind. Im letzteren Falle kann die Unwirksamkeit auch durch vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht gehoben werden; im ersteren Falle wäre eine solche als sinnlos überflüssig, ganz abgesehen davon, daß der Tatbestand des § 1714 ja nicht gegeben ist. Auch der Begriff der „Vereinbarung“ des § 1714 rückt damit in ein anderes Licht. Ein für Mündel lediglich l u k r a t i v e r „Vertrag“ fällt nicht darunter. Nur ein gegenseitiger Interessenausgleich ist gemeint. Das wäre der von germanistischer Seite, besonders von J a c o b i als allein richtig verfochtene Vertragsbegriff. Daß das BGB. ihn nicht angenommen hat, dafür ist ein weiterer Beleg, wenn es sich in § 1714 veranlaßt sieht, zu einem anderen Ausdruck zu greifen. So beleuchtet unsere Spezialfrage in interessanter Weise das große Vertragsproblem.

Damit sind wir am Schlusse des ersten Abschnittes, der kritisch-konstruktiven Erörterung des geltenden Rechtszustandes,

angelangt. Noch zwei Punkte sind hervorzuheben, bevor wir zum historisch-legislatorischen Abschnitt übergehen.

Mit Rücksicht auf unseren im Bisherigen besonders ausführlich behandelten Ausgangsfall müssen wir uns auch mit der Tatsache auseinandersetzen, daß in concreto der Richter, wie auch im Regelfall üblich, das Formular ganz — einschließlich des Schlußpassus — benutzt hat. Selbst dann glauben wir die Auslegung vertreten zu können, daß ein Vertrag nicht abgeschlossen ist. Die Frage ist auch im Kosteninteresse wichtig. Natürlich, nicht selten werden wirkliche Vereinbarungen im Sinne des § 1714 geschlossen. Von Abfindung des Erzeugers und ausdrücklichem Verzicht des Vormundes abgesehen, wird wohl auch auf das Anerbieten der besonders im preußischen Recht eingebürgert gewesenen Selbstverpflegung eingegangen. Im Normalfall war dagegen die Annahmeerklärung unnötig; sie war auch unrichtig, weil dadurch der Anschein eines Vergleichs erweckt, insbesondere dessen Gebührenansatz veranlaßt ist. Kurz, unsere Auslegung ist: eine nicht annahmebedürftige Willenserklärung wird nicht dadurch zum Vertrag, daß eine weitere Privatperson einwilligend oder „annehmend" an der Verhandlung teilnimmt.

Ferner bedürfen die einschlägigen Bestimmungen der Novelle kurz der Erwähnung. Sie haben an dem Grundsatz nichts geändert. In dem neuen Abs. 2 des § 794 ZPO. wird von „Bewilligung der sofortigen Zwangsvollstreckung seitens des Beteiligten in die seinem Recht unterworfenen Gegenstände" gesprochen. Das ist nichts anderes als die „Unterwerfung", also: Bewilligung nur zu Gunsten des Gläubigers, Aufgabe einer öffentlich-rechtlich geschützten Rechtsposition. Durch den vielleicht der Vertragstheorie entlehnten Ausdruck darf man sich nicht beirren lassen. An eine der Annahme der Gegenpartei bedürftige Privatwillenserklärung ist nicht zu denken. Höchstens

der Gedanke der Einwilligung ist zulässig: der Nießbraucher, der Ehemann, der Testamentsvollstrecker willigen — kraft öffentlichen Anschlußverzichts — wegen ihrer beschränkenden Rechte in die Unterwerfungserklärung des Eigentümers ein. Auch § 800 besagt nichts gegen die Verzichtstheorie. Martinius hat in GruchotsBeitr. 41 (1897), 371 ff. die vollstreckbaren Urkunden über dingliche Ansprüche einer eingehenden Erörterung unterzogen. Die Wirkung gegen den Erwerber der dinglich belasteten Sache ist ein Ausfluß des richtig erfaßten Prinzips der Dinglichkeit (S. 376 f. a. a. O.); Martinius führt dies zwar zu Gunsten der Vertragstheorie an, es gilt in gleicher Weise auch für die Theorie des öffentlichen Verzichts. Bei dinglichen Ansprüchen mag man von dinglichem Verzicht, vom Verzicht in rem sprechen. Aber der Gegensatz ist doch nicht obligatorischer Verzicht oder entsprechend, wie Martinius S. 376 Mitte sich ausdrückt: obligatorischer Unterwerfungsvertrag. Der Gegensatz, d. h. die Unterwerfungsklausel bei obligatorischen Ansprüchen ist persönlicher Verzicht, Aufgabe einer Rechtsposition nur für die eigene Person. Auch wenn man die Vertragstheorie vertritt, kann man selbst bei persönlichen Ansprüchen nie von einem obligatorischen Unterwerfungsvertrag sprechen, weil man seine Wirkung unmöglich als eine Obligation im gewöhnlichen Sinne bezeichnen kann. Gerade die Ungenauigkeit im Ausdruck leitet in unserer Materie auf bedenkliche Irrwege.

An dritter Stelle sei noch die sehr fragwürdige Neuerung des § 798 erwähnt, wonach aus (Kostenfestsetzungsbeschlüssen und) Unterwerfungsurkunden die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn der Schuldtitel mindestens einen Tag vorher zugestellt ist. Die Praxis sucht diese lästigen Bestimmungen dadurch zu umgehen, daß der Schuldner auch zum Verzicht auf die vorherige Zustellung veranlaßt wird. Die Wirksamkeit

dieses Verzichts ist nach der ratio des Gesetzes jedenfalls sehr zweifelhaft. Das Gewohnheitsrecht könnte hier seine derogatorische Kraft bewähren.

Im nächsten Abschnitte wollen wir aus der Geschichte unseres Rechtsinstitutes unter Berücksichtigung unserer Theorie Schlüsse auf die Möglichkeit einer Weiterentwickelung ziehen. Die historische Betrachtung ist naturgemäß zu trennen nach den beiden Fragen:

1) Notwendigkeit der Unterwerfungsklausel,

2) Begrenzung des Gegenstandes der vollstreckungsfähigen Beurkundung.

Weniger eine ins einzelne gehende Quellenforschung und Quellenkritik[1]) kommt für unsere Arbeit in Betracht. Wichtiger ist es, die großen Linien der geschichtlichen Entwickelung möglichst klarzulegen, danach die historischen Zufälligkeiten auszuscheiden und einen Anhaltspunkt für die Kritik auch des geltenden Rechts zu gewinnen. Nach dem derzeitig vorhandenen Quellenmaterial darf man nicht mehr mit Briegleb das Ursprungsgebiet unserer Urkunden ebenso wie des Mandats- und Exekutivprozesses auf Italien beschränken; so Francke, Der gemeine deutsche und schleswig-holsteinische Zivilprozeß. 2², 1844 S. 123 unten f., 148; dagegen Ortloff, a. a. O. S. 12, 20, 25 ꝛc.

Man muß sich eben vor Augen halten, daß hier eine ganz natürliche, man kann sagen: historisch notwendige Rechtserscheinung vorliegt. Das System der Selbsthilfe — dazu Ihering, Geist des römischen Rechts 1², 1866, 118 ff. —

---

1) Hierzu von den Neueren: Briegleb, Ueber exekutorische Urkunden und Exekutivprozeß, 1839, und Kohler, Zur Geschichte der exekutorischen Urkunde in Frankreich, in der Festschrift für Planck und ZRG(G). 8 (1887), 120 ff.; auch Ortloff, De processus executivi origine et natura, Jena 1854.

das dem System des obrigkeitlichen Prozesses vorausgeht, bediente sich naturgemäß, abgesehen von der eigenen Gewalt und der der Angehörigen, auch der sonst schon zu Gebote stehenden mehr sozialen Hilfsmittel. Außer den Zeugen — Jhering, a. a. O. 140 — wird auch die Urkunde, sei es in primitiveren Formen längst vor Gebrauch der Schrift, dem Selbsthilfeverfahren einen besonderen Nachdruck verliehen haben. So können wir es z. B. mit Bestimmtheit von den altgermanischen Hausmarken annehmen. Zur Erklärung der größeren Wirkungskraft einer „kuntlichen" Schuld brauchen wir nicht auf die italienischen **instrumenta guarentigiata**, auf die geistlichen Kameralobligationen — Briegleb, a. a. O. 190 ff. — oder analoge Rechtserscheinungen in Spanien und Frankreich zu greifen. „Kunt" ist die (eingeschnittene) Kerbe; heißen doch noch in der jetzigen niederdeutschen Mundart „Kunnen" die Vertiefungen in den Reibflächen der Pferdezähne, die mit dem Alter der Tiere durch Abnutzung verschwinden. Von altersher haben sie die wichtige Bedeutung, das zuverlässigste Mittel zur Bestimmung des Alters eines Pferdes zu bilden. Die kuntliche und deshalb unleugbare Schuld ist sicher viel älter als die erwähnten nachweislichen Rechtserscheinungen des Auslandes. Ein vergebliches Bemühen ist es, sie historisch auf eine lokale Wurzel, z. B. Toscana, zurückzuführen. Die Beurkundungsmittel brauchten nur in verschiedenen Ländern verbreitet zu sein, und was lag näher als sich ihrer auch zu Rechtszwecken zu bedienen! Damit wird natürlich nicht geleugnet, daß es sich um analoge, parallele Erscheinungen handelt, die sich auch gegenseitig beeinflußt haben können.

Ein eigentümliche Tatsache ist, daß uns historisch beglaubigt zuerst die öffentlichen Urkunden als qualifizierte Exekutionstitel entgegentreten; z. B. für Frankreich Briegleb S. 298 u. a., auch S. 213; für Deutschland Briegleb S. 367 u. a. Die Ent-

wickelungs-Grundtendenz: Selbsthilfe — Staatshilfe legt ja näher, die Privaturkunde als zeitlich früheren Exekutionstitel anzunehmen. Nicht erst die Mutationstheorie, um einen naturphilosophischen Gedanken auf das Gebiet der Entwickelung des menschlichen Geistes zu übertragen, braucht man zur Erklärung herbeizuziehen. Ganz abgesehen davon, daß uns zweifellos auch zu Anfang schon Privaturkunden entgegentreten, darf eben nicht übersehen werden, daß es sich bereits um obrigkeitliche Exekution handelt, die selbstverständlich Urkunden mit öffentlichen Garantien bevorzugen muß.

Die geschichtliche Abgrenzung unseres Rechtsinstituts von dem verwandten Gebiet des beschleunigten Prozesses bietet sehr große Schwierigkeit. Der begriffliche Unterschied liegt zwar klar: eine vollstreckbare Urkunde in unserem eigentlichen Sinne liegt nur vor, wenn sie unmittelbar das Vollstreckungsverfahren auszulösen im stande ist. Es ist eben der Gegensatz, die Erübrigung eines Prozesses, wie wir jetzt durch Einreihung unserer Urkunden in die Materie der Zwangsvollstreckung zum Ausdruck bringen. Stets, wenn zur Urkunde noch irgend eine richterliche Tätigkeit hinzutreten muß, ein Zahlungsbefehl, der dem Schuldner, sei es auch in beschränktester Weise, eine Verteidigungsmöglichkeit gewährt, so haben wir es mit einem abgekürzten Prozesse zu tun und nicht mit einer Negation des Prozeßbegriffes. In der praktischen und geschichtlichen Realität geht diese Unterscheidung nicht so glatt von statten; da greifen naturgemäß die Erscheinungsformen beider Begriffe mannigfach ineinander über. Das zeigt insbesondere die Geschichte unserer Urkunden, so wie sie z. B. bei Briegleb gegeben ist. Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, die geschichtlichen Belegstellen auf ihre exakte Zugehörigkeit zu unserer engeren Materie durchzuprüfen. Das würde das historische Gesamtbild wenig fördern, es eher trüben als klären. Die geschichtliche Dar-

stellung ist eben darauf angewiesen, die Unterwerfungsurkunden mit dem Mandatsprozeß und dem Exekutivprozeß, d. h. richtiger dem summarischen Urkundenprozeß, zusammen zu behandeln[1]). Die feineren Unterscheidungsnuancen waren ja früher dem menschlichen Bewußtsein selbst noch ferngeblieben. So blieb dem gemeinen Recht das Verfahren auf Grund exekutorischer Urkunden ein Hauptfall des unbedingten Mandatsprozesses — Kleinfeller, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 1905 S. 525. — Andererseits lehnt sich unser Institut noch jetzt eng an den Urkundenprozeß an. Es ist nach der Begründung zur ZPO. im verstärkten Maße das, was der Urkundenprozeß gewährt. — Hahn, Mat. (1880) S. 446 zu Entw. § 651. —

Nach unserer positiven Bestimmung muß der beurkundete Anspruch dem im Urkundenprozeß oder im Mahnverfahren — seiner Abhängigkeit von einer Gegenleistung (§ 688 Abs. 2 ZPO.) ungeachtet — zu verfolgenden Anspruch gleichgeartet sein. Das hebt auch die Begründung der ZPO. von 1879 hervor, wenn sie ausführt — Fortsetzung obigen Zitates —: „Für den Gegenstand einer vollstreckbaren Verpflichtung sind dieselben Schranken gezogen wie bei der Zulassung des Urkundenprozesses. Bei Verpflichtungen, die nicht eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen zum Gegenstande haben, ist ein entstehender Streit nicht einfach genug, um bei der notwendigen Einengung der Einwendungen in die Form der Klage eine befriedigende Lösung mit Sicherheit erwarten zu lassen.“ Abgesehen von der behaupteten Beschränkung des angeblichen Schuldners auf die Form der Klage — dagegen vergl. §§ 767, 794^4 ZPO. — dürften die Motive mit dem letzterwähnten

1) Auf eine ähnliche Erscheinung aus unserer Materie weist Kohler, ZRG(G). 8, 123 hin. Der historischen Verwandtschaft zwischen Unterwerfungsurkunde sous scel und Universalhypothek steht eine völlige dogmatische Entfremdung beider gegenüber.

Satz sich selbst widersprechen, wenn kurz vorher gesagt ist: die vollstreckbaren Urkunden dienten zur Befriedigung des Bedürfnisses einer prompten Erfüllung von Verpflichtungen, deren Existenz fast nie in Frage gestellt werde; das heißt doch: die Infragestellung wird gerade durch das öffentliche Anerkenntnis der vollstreckbaren Urkunde zur Unwahrscheinlichkeit. Gilt nicht das Gleiche auch von Ansprüchen auf nicht fungible Sachen, oder richtiger: würde es nicht gelten, wenn nicht die ZPO. in unselbständiger Anlehnung an die gegebene Rechtsvergangenheit die Möglichkeit der Unterwerfungsurkunden eingeschränkt hätte? Den Vorwurf künstlicher Beschränkung fürchtet ja schon der Gesetzgeber selbst; daher die Rechtfertigung, die aber eben die vielen Fälle unbeachtet läßt, in denen der Unterwerfungsverpflichtete gerade durch sein öffentliches Anerkenntnis sich veranlaßt sehen würde, von einer Streitanfachung abzusehen. In überhumaner Stimmung wird dem Berechtigten ein prozessuales Mittel versagt, um schnell zu seinem Rechte zu kommen. Auch bei allgemeiner Anerkennung der Unterwerfungsmöglichkeit liegt, um mit den Motiven a. a. O. zu sprechen, das richtige Temperament in der Unterwerfungsklausel selbst, in dem freiwilligen prozessualen Verzicht des Verpflichteten.

Das führt uns zu Kohlers Polemik, besonders in den erwähnten beiden Artikeln „Zur Geschichte der exekutorischen Urkunde in Frankreich" 1887, und „Ueber exekutorische Urkunden" 1888.

Kohler verlangt ebenfalls eine Aenderung unseres geltenden Rechts, aber dahin, daß die Unterwerfungsklausel als schlechthin überflüssig fallen gelassen werde. Den Höhepunkt des Gedankens der vollstreckbaren Urkunde sieht Kohler in der französischen Rechtsgeschichte schon ausgangs des Mittelalters verwirklicht. Dazu die Ordonnance von 1539 Art. 68, bei Briegleb S. 300. Kohler in ZRG(G). 8 S. 128, 129.

Unsere Unterwerfungsklausel erscheine nur als ein Mittel der Abhilfe in Zeiten, wo unsere Gesetzgebung den richtigen Standpunkt noch nicht erreicht habe — ArchCivPrax. 72, 7 f. —

Daß das Kohlersche Postulat das Ideal einer energisch für den Gläubiger eintretenden Rechtsordnung ist, geben wir ohne weiteres zu. Mindestens zweifelhaft dürfte aber sein, ob damit auch das konkurrierende Interesse des angeblichen Schuldners hinreichend gewahrt ist. Wir vergegenwärtigen uns wieder, daß die vollstreckbare Urkunde noch keine richterliche oder quasirichterliche — den Notar als **iudex chartularius** gedacht — Entscheidung über den Anspruch, sei es auch nur nach summarischer Stoffsammlung, enthält. Das Interesse eines jeden, erst nach richterlicher mindestens **prima facie**-Sachentscheidung leisten zu müssen, muß unbedingt anerkannt werden. Man verwechsle doch nicht den Unterwerfungsschuldner mit dem wirklichen durch die Urkunde noch nicht feststehenden Schuldner. Der schuldnerische Rechtsschutzanspruch liegt in der Richtung der großen durch die historische Aufeinanderfolge von Selbsthilfe und Staatshilfe gegebenen Entwickelungslinie.

So lehrreich die Ausführungen Kohlers sind, so entstellt er doch die von ihm bekämpfte Ansicht in ihren Voraussetzungen, besonders im Archiv a. a. O. 72, 6. Die Vollstreckung soll selbstverständlich Verwirklichung des gegebenen Zivilrechts sein; aber steht das wirklich im Widerspruch damit, daß sie zugleich „Verwirklichung" einer publizistischen Pflicht ist? Im Gegenteil, gerade durch das Eingreifen behördlicher Pflichttätigkeit wird die möglichste Annäherung an das Ideal einer richtigen Rechtsverwirklichung gewährleistet.

Kohler verkennt hier völlig die notwendige Wechselwirkung zwischen Zivil- und Prozeßrecht. Keins kann heute wie stets, solange es säumige Schuldner gibt, ohne das andere leben. Weshalb soll man Anstoß daran nehmen, daß ein

Rechtsakt zugleich „Verwirklichung“ festgesetzter Zivilrechte und einer durch die Behördenorganisation begründeten publizistischen Pflicht wäre? Letzteren Begriff kann man in doppeltem Sinne nehmen, einmal, wie bereits angedeutet, vom Standpunkt des fungierenden Beamten aus: so „verwirklicht“ ein mit Erfolg fungierender Gerichtsvollzieher zugleich seine Amtspflicht und die Forderung des ihn beauftragenden Gläubigers. Der Gebrauch des gleichen Wortes „verwirklichen“ für die gemeinten beiden Begriffe ist allerdings sprachwidrig. Vielleicht meint Kohler in Anknüpfung an seine Gegnerschaft gegen den publizistischen Rechtsschutzanspruch den anderen möglichen Sinn seiner Worte: die Vollstreckung werde als „Verwirklichung“ d. h. Erfüllung der dem Rechtsschutzanspruch des Gläubigers korrespondierenden publizistischen Pflicht des Schuldners gedacht. Auch dann würden die von Kohler gegenübergestellten Vollstreckungstheorien in Wahrheit nur die beiden sich ergänzenden Hälften der richtigen Theorie sein. Das publizistische Recht bezw. die publizistische Pflicht in concreto ist eine notwendige Folge der Beamtenorganisation, der mit dem Amte verbundenen Pflichten und Rechte seines Trägers. Die „Zwiefältigkeit“ der Vollstreckung [1]), ihre gleichzeitige Bedeutsamkeit für das zivilistische Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner und für das publizistische Verhältnis zwischen Beamten und Untertanen, hat durchaus nichts Befremdliches an sich. Es handelt sich um eine historisch-evolutionistische Erscheinung, nicht um eine „Selbstbeschränkung der Staatsgewalt“, nach reiner Willkür zu entscheiden (so Grosse, a. a. O. 117).

---

1) Hierauf weist Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß, ArchCivPrax. 80 S. 144, 145 ff., 154 selbst hin; er bespricht den materiell unberechtigten Vollstreckungserreger. Kohler mag seine Ansicht selbst etwas geändert haben.

Mit der Unhaltbarkeit der allgemeinen Ausführungen Kohlers fallen auch die von ihm zu Grunde gelegten Voraussetzungen für seine Forderung de lege ferenda, a. a. O. 7 ff.

Die Konstruktion, die Kohler, besonders a. a. O. 39, seinem legislativen Vorschlage gibt, leidet augenscheinlich an Mängeln. Uns scheint Kohlers Begründung äußerlicher zu sein als die der französischen Autoren, wenn sie die exekutorische Kraft der Urkunde darauf zurückführen, daß der Notar bei Erteilung der Klausel kraft Delegation des Staates handle. Der Notar ist eben der öffentliche Funktionär, der den Verzicht des Schuldners auf seinen Rechtsschutzanspruch oder nach der französischen Praxis eine hinreichend bindende Erklärung über den materiellen Anspruch selbst entgegennimmt. Kohler sagt dagegen: der wirkende Grund liege darin, daß die Rechtsordnung im Interesse des materiellen Rechts einer Veranstaltung exekutive Kraft gegeben habe; die Rechtsordnung könnte ja auch einer Privaturkunde exekutive Kraft verleihen, sie könnte selbst einem jeden die freie Befugnis der Exekution gewähren — wenn sie es für angezeigt hielte im Interesse des materiellen Rechts. Soweit mit diesen Worten mehr gesagt sein soll als die selbstverständliche Wahrheit, daß alles Recht in der Rechtsordnung wurzelt, liegt ein verhängnisvolles Spiel mit einer Theorie der formellen Allgewalt des Gesetzgebers vor, die einer genaueren Erwägung des Problems nicht standhält. Auch formell wäre der Gesetzgeber nicht im stande, etwa einem jeden die freie Selbstexekution wieder zu gewähren. Seine Macht würde scheitern an der stärkeren Wucht des sozialen Zustandes der Gegenwart, an der Macht des Fortschrittes der Menschheitsentwickelung. Dies sollte man wenigstens als Ergebnis der historischen Schule hochhalten. Könnte auch einer Privat-

urkunde exekutive Kraft verliehen werden? Wir antworten ebenfalls mit einem unbedingten: Nein. Eine Privaturkunde mag in den Zeiten des Ueberganges von dem System der Selbsthilfe zum System des öffentlichen Prozesses Vollstreckungstitel gewesen sein. Diese Zeiten sind vorbei. In den historisch beglaubigten Fällen exekutorischer Privaturkunden wird durchweg eine nachträgliche Legalisierung durch die Behörde, der richterliche Rekognitionstermin, verlangt. Also ist hier schon nicht mehr die reine Privaturkunde der Vollstreckungserreger. Man verkenne nicht unser bereits verschiedentlich benutztes Argument aus dem „Lauf der Geschichte". Seinem Gebrauch geht ein sorgfältiges Scheiden zwischen historischen Zufälligkeiten und der durch den allgemeinen Fortschritt der Menschheit bedingten Entwickelungstendenz voraus [1]).

Kohler resumiert sich dahin: das Prinzip der exekutorischen Urkunde ist eine formelle Exekutionsveranstaltung mit dem materiellen Anspruch als juristischer Voraussetzung — a. a. O. 39. — Auch damit ist ihr Wesen nicht genügend erklärt, weil nicht gesagt wird, wie weit die materielle „Voraussetzung" für die Unterwerfungsurkunde wesentlich ist, oder ob ihre Existenz für den Begriff der letzteren gleichgültig ist, wie wir im ersten Abschnitt ausgeführt haben.

Mit unserer Konstruktion der Unterwerfungsklausel haben wir ihre Notwendigkeit de lege ferenda noch nicht stillschweigend anerkannt. Es handelte sich damals nur um das geltende Recht, das sie nach den Motiven a. a. O. sowohl aus äußeren historischen [2]) als auch aus inneren Gründen für

---

1) Für diese Frage möchte ich auch verweisen auf eine in den Blättern für vergleichende Rechtswissenschaft von mir erscheinende Abhandlung „Aus dem Recht der Eigenmacht verschiedener Nationen".

2) Vergl. bes. Hannoversche bürgerliche Prozeßordnung § 528 — bei

notwendig erklärt hat. Die innere Begründung war der schuldnerische Rechtsschutzanspruch. Doch darf man die Bedenken gegen das Erfordernis einer ausdrücklichen Verzichtsklausel nicht gering anschlagen. Die verzichtende Partei ist sich sehr selten der vollen Bedeutung ihrer Erklärung bewußt, so daß dadurch wieder die Praxis mit Anfechtungsprozessen belastet wird. Man läßt die Einwendung des Schuldners gelten, ihm sei nicht klar gewesen, daß auf Grund seiner Erklärung schon am nächsten Tage der Gerichtsvollzieher bei ihm erscheinen könne, in dem uns vor Augen schwebenden Falle, daß sofort Zwangsversteigerung seines Grundstücks beantragt werden könne. Damit ist das Recht der paraten Exekution vereitelt.

Der Kohlersche aus dem französischen Recht geschöpfte Gedanke, den gerichtlichen und notariellen Urkunden gesetzlich exekutorische Kraft beizulegen, muß als zweckmäßig einleuchten. Das französische System, daß der beurkundende Beamte im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit über den Anspruch selbst eine authentische Feststellung trifft, ist nachdenklichster Prüfung wert. Damit würde die vollstreckbare Urkunde in ihrer Bedeutung dem Urteil erheblich näher gerückt als nach dem deutschen System. Erst dann könnte sie auch erst im weiten Umfange ihre gerichtsentlastende Funktion zur Geltung bringen. Ueberhaupt würde sie in dieser Gestalt zur Klärung der Rechtsverhältnisse erheblich beitragen. Auf ein mir gerade näher liegendes Beispiel sei hingewiesen: Auf Grund notarieller Mietverträge könnte bei ebenfalls notariell festgestellter Kündigung sofort exmittiert werden.

Auch Hypothekenbriefe z. B. wären Vollstreckungstitel;

Leonhardt", 1861 S. 346 — wo noch die Vertragstheorie zum Ausdruck kommt: „. . sobald darin sofortige Zwangsvollstreckung ausbedungen ist".

das würde besonders wichtig sein, wenn die Hypothekengläubiger in eine Konkurrenz mit den „losen" Gläubigern — um eine volkstümliche Bezeichnung zu gebrauchen — treten müssen, etwa beim Zugriff auf eine vorhergehende Eigentümerpost. Eine konsequente Durchführung des Gedankens der Eigentümerpost im Sinne des Grundbuchprinzips, wie sie neuerdings wieder Kindel unter Verteidigung der Aufrückungstheorie bekämpft, würde dann weniger Bedenken erregen (vergl. „Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB." im vorigen Band dieser Jahrbücher S. 399 ff.).

Auch bei dem System der unmittelbaren exekutorischen Kraft gerichtlicher und quasigerichtlicher Urkunden ist deren Titelqualität nicht zurückzuführen auf einen stillschweigenden das Erkenntnisverfahren ausschließenden Vertrag der Beteiligten, sondern auf das Einverständnis des Schuldners mit der öffentlichen Beurkundung seiner Schuld. Darin liegt der wesentliche Unterschied von jedem Urteil, das stets auf gegnerischen Antrag autoritativ ergeht. Aus diesem Unterschied folgt die immerhin größere Rechtskraft eines Urteils im Verhältnis zur bloßen Exekutivurkunde. Letztere basiert auch nach französischem System auf der freiwilligen Aufgabe des schuldnerischen Rechtsschutzanspruchs, wie er sich historisch sozial entwickelt hat.

Unsere Ausführung können wir nicht schließen, ohne kurz auf die analoge Erscheinung des schuldnerischen Vollstreckungsschutzanspruchs aufmerksam gemacht zu haben.

In der fortschreitenden Differenzierung der Begriffe beruht auch der Fortschritt des menschlichen Unterscheidungs- und Erkenntnisvermögens. Wir werden es daher nicht mehr als einen Gewinn ansehen, den Verzicht auf den schuldnerischen Rechtsschutzanspruch im engeren Sinne unter die Kategorie

des Vertrages zu zwängen; wir verweisen nochmals auf die entgegengesetzte Ansicht der Briegleb schen Monographie, z. B. S. 104, 118, 136.

Von der Aufgabe des Vollstreckungsschutzanspruchs hat das Gleiche zu gelten. Man mag als scholastischer Formaljurist den Rechtsgedanken des pactum de ingrediendo durch die als Ausnahmebestimmungen ins Bürgerliche Gesetzbuch verwiesenen Selbsthilfenormen in Verbindung mit Art. 89 des Einführungsgesetzes de lege lata als beseitigt ansehen. Die althergebrachten Bedürfnisse, die einem freiwilligen Verzicht auch auf den Vollstreckungsschutzanspruch die rechtliche Anerkennung bewahrten, sind nicht plötzlich geschwunden. Schwerlich bestehen bei der modernen Fundierung der öffentlichen Gewalt überwiegende Bedenken gegen die weitere Zulässigkeit auch der Selbstvollstreckung in bescheidenen Grenzen, zumal wenn der Schuldner im voraus auf die allgemeine Garantie der staatlichen Vollstreckung verzichtet hat. Sind doch auch die (landesgesetzlichen) Vorschriften über die Schüttung aufrecht erhalten. Ein argumentum e contrario wird man aus Art. 89 EG. zum BGB. verständigerweise nicht ziehen wollen. Für die Grenzen der Selbstvollstreckung ist auf die Kontroverse der Glossatoren zurückzugreifen — Dernburg, Pfandrecht 2 (1864), 329. — Der innere Zusammenhang dieser Kontroverse mit der modernen Streitfrage der Strafrechtslehre über die Tragweite des Satzes volenti non fit iniuria ist nicht zu verkennen. Eine mittlere Meinung, die leichte Körperverletzungen noch entschuldigt, dürfte der gesunden Volksauffassung entsprechen.

Aus unserer angedeuteten Konstruktion folgt aber auch hier, daß auf der öffentlichen Form des Verzichts entsprechend der Bestimmung des § 794 Ziff. 5 der ZPO. bestanden

werden muß. Dernburg, der in seinem Pfandrecht 2, 330 Note 7 bereits auf den Parallelismus unserer beiden Erscheinungen des schuldnerischen Verzichts auf den Rechtsschutzanspruch hingewiesen hat, scheint an der Voraussetzung des publicum instrumentum nicht festzuhalten — Pandekten[5], 1896, Bd. 1 S. 296 Abs. 2, S. 700 Ziff. 2; vergl. auch den Tatbestand der dort zitierten RGSt. vom 3. Okt. 1882 (Bd. 7 S. 63).

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3189

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3139

Jherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben
von

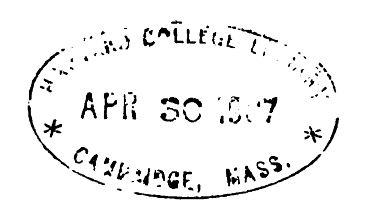
Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Fünfzehnter Band.
51. Band von „Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".
Drittes u. viertes Heft.



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1907.

Inhalt.



VI.

Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden.

Von Dr. **Hans Albrecht Fischer**, Professor in Rostock.

I.

Das BGB. enthält über die Konzentration von Gattungsschulden nur eine einzige Bestimmung. Diese ist im § 243 enthalten und steht mit der Vorschrift des § 300 Abs. 2 BGB. in nahem Zusammenhang. Das Verhältnis beider Gesetzesstellen zueinander ist durch die bisherige Auslegung nicht in befriedigender Weise klargestellt. Es lauten

BGB. § 243: „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.

Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache."

§ 300 Abs. 2: „Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkte auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt."

Die Textinterpretation ergibt, daß sowohl Voraussetzungen wie Rechtsfolgen in beiden Gesetzesstellen verschieden formuliert sind. In dem § 243 wird an den Gesetzestatbestand die Rechtsfolge der Konzentration, an den des § 300 Abs. 2 die Rechtsfolge des Gefahrüberganges geknüpft. Ob und inwieweit Konzentration und Gefahrübergang sich decken, soll später untersucht werden. Jedenfalls ist schon hier zu bemerken, daß bei gegenseitigen Verträgen der Gefahrübergang Rechtsfolgen zeitigt, welche mit der Konzentration der Schuld auf ein bestimmtes Gattungsobjekt noch nicht gegeben sind: der Schuldner der Gattungsschuld wird bei kasueller Unmöglichkeit nicht nur frei, er behält den Anspruch auf die Gegenleistung. Auch die Voraussetzungen sind in den §§ 243, 300 Abs. 2 dem äußeren Wortlaute nach verschieden. Der Gefahrübergang auf den Gläubiger soll sich bei der Gattungsschuld nur dann vollziehen, wenn eine bestimmte Art von Gläubigerverzug vorliegt, nämlich der Verzug, welcher für den Gläubiger eintritt, wenn er die angebotene Sache nicht annimmt. Ziehen wir noch eine zweite Bestimmung heran, welche den Gefahrübergang speziell beim Kauf regelt, die Vorschrift des § 447 Abs. 1 — mit entsprechender Anwendung auf den Werkvertrag § 644 BGB. —: danach soll die Gefahr beim Versendungskauf mit der Uebergabe der Kaufsache an den Spediteur, Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt auf den Käufer übergehen. Es fragt sich nun, ob der Gattungsschuldner nach § 243 das seinerseits zur Leistung Erforderliche nur dann getan hat, wenn er entweder den Gläubiger in der nach § 300 Abs. 2 bezeichneten Weise in Gläubigerverzug gesetzt oder andererseits die Ware dem selbständigen Transportinstitut nach § 447 BGB. übermittelt hat. Sollte dies, wofür der Wortlaut prima facie nichts ergibt, der Fall sein, dann ist der § 243 Abs. 2 über-

flüssig. Denn er ist durch die weiter ausgreifenden Rechtswirkungen der §§ 300 Abs. 2, 447 Abs. 1 überholt.

Da die Rechtsfolgen der §§ 300 Abs. 2 und 243 Abs. 2 sicher, die Voraussetzungen vielleicht verschieden sind, so ist es jedenfalls nicht zulässig, den § 243 ohne weiteres aus dem § 300 und umgekehrt zu erklären. Dies geschieht aber jetzt allgemein in Wissenschaft und Praxis. Nur einige Belege seien hier im Wortlaute wiedergegeben[1]).

Plancks[3] Bd. 2 § 243 Erläuterung 4: „Wann der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan hat, bestimmt sich nach der Art des in Frage stehenden Schuldverhältnisses. Immer ist dem gedachten Erfordernis genügt, wenn der Schuldner die Sache dem Gläubiger in solcher Art anbietet, daß dieser dadurch, daß er sie nicht annimmt, in Verzug kommt (Erl. 3 zu § 300). Die Gefahr geht nach § 300 Abs. 2 auf den Gläubiger über, wenn derselbe in der gedachten Art in Verzug der Annahme kommt. .... Dem Erfordernis des § 243 Abs. 2 ist ferner genügt, wenn bei dem auf einem Kaufe beruhenden Schuldverhältnisse der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte versendet und die Sache zu diesem Zwecke dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. Auch hier ist, da in dem gedachten Zeitpunkte nach § 447 (Entw. I § 465) die Gefahr auf den Käufer übergeht, anzunehmen, daß der Käufer im Sinne des § 243 Abs. 2 das seinerseits zur Leistung Erforderliche getan hat."

1) Vergl. ferner: Crome, System 2, 51; Oertmann, Kommentar der Schuldverhältnisse[2] § 243 Erl. 4 mit § 300 Erl. 3; Schollmeyer, Kommentar § 243 Erl. 5 a. E.; Dernburg, BR. II (1) § 12; Endemann, BR.[8] u. [9] Bd. 1 § 119 Ziff. 4; Kohler, Lehrbuch des BR. 2, 109.

Hier wird also erklärt, daß die **Voraussetzungen** des § 243 gegeben sind, sobald die Gefahr auf den Gläubiger übergeht. Und dann heißt es in der Erläuterung Nr. 3 zu § 300:

„Der § 300 Abs. 2 enthält eine **Konsequenz** (sic!) des im § 243 Abs. 2 ausgesprochenen Grundsatzes, dient aber zugleich zur Erläuterung desselben."

Ebenso sind die folgenden Ausführungen des **Staudingerschen** Kommentars[2] Bd. 2 (**Kuhlenbeck**) zu beurteilen. Vergl. einerseits S. 15 (Erl. 5 a α):

„Stets tritt Konzentration ein, sobald der Schuldner dem Gläubiger die Sachen in einer Weise angeboten hat, daß der letztere durch Nichtannahme in Verzug gerät (§§ 293, 294, 300 Abs. 2); unter Umständen aber schon in einem früheren Zeitpunkte, z. B. im Falle des § 447 schon dann, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat, da im letzteren Falle der Schuldner schon mit der Auslieferung das zur Bewirkung der Leistung Erforderliche getan hat."

Und dazu S. 120: „Da nun nach § 243 Abs. 2 mit dem Zeitpunkte, in welchem der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat, die Gattungsschuld sich in eine Speziesschuld verwandelt, so spricht § 300 Abs. 2 nur eine selbstverständliche **Folgerung** (!) der §§ 275 und 243 aus. Denn der Schuldner, welcher dem Gläubiger die zur Erfüllung bestimmte Sache in solcher Weise anbietet, daß der Gläubiger durch deren Nichtannahme in Verzug gerät, hat das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan."

Neumann, Handausgabe des BGB.[4] Bd. 1 § 243 Note 2 b: „Schon vor der Erfüllung hat — entsprechend der Regelung des Gefahrüberganges — der Schuldner das zur

Leistung seinerseits Erforderliche getan und damit das Schuldverhältnis konkretisiert: α) allgemein, wenn der Gläubiger durch Nichtannahme der ausgeschiedenen und ihm als solcher d. h. unter Mitteilung erfolgter Ausscheidung angebotenen Sache in Annahmeverzug gesetzt ist (§§ 293 ff. 300 Abs. 2); β) bei Kauf, Werkvertrag und Werklieferung, wenn die Sache auf Verlangen des Gläubigers von dem Schuldner zwecks Uebersendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person übergeben ist (§§ 447, 644 Abs. 2, 651)."

Dazu § 300 Note 1 a: „Der Gefahrübergang erfordert, daß die Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache konzentriert ist, vergl. insbes. § 243 Note 2 b."

Goldmann-Lilienthal, Das BGB.[2] 1, 293: „Die Frage, wann die Gattungsschuld sich in eine Speziesschuld verwandelt, ist dahin entschieden, daß diese Beschränkung des Schuldverhältnisses nicht schon dann eintritt, wenn der Schuldner eine bestimmte Sache ausgeschieden hat, sondern erst dann, wenn er alles getan hat, was zur Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte seinerseits erforderlich ist (§ 243 Abs. 2). Dies ist der Fall, wenn er die Sache dem Gläubiger übergeben oder ihn in Gemäßheit des § 300 Abs. 2 in Annahmeverzug gesetzt oder die auf Verlangen des Gläubigers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte zu versendende Sache der zur Ausführung bestimmten Person oder Anstalt überliefert hat."

S. 352/53: „Eine Gattungsschuld muß sich also, wenn durch den Verzug die Gefahr auf den Gläubiger übergehen soll, erst in eine Speziesschuld verwandelt haben. Diese Umwandlung tritt nach § 243 Abs. 2 dann ein, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat."

Die angeführten Schriftsteller verfahren demnach alle so,

daß sie die Konzentration aus dem Gefahrübergang, den Gefahrübergang aber aus der Konzentration herleiten. Und in denselben Gedankengängen bewegt sich eine Entscheidung des Reichsgerichts (II. Zivilsenat) vom 29. März 1904, RGZ. 57, 403 ff. Diese meines Erachtens unzulässige Argumentation läßt sich nur aus der Vorgeschichte der fraglichen Bestimmungen erklären. Den §§ 243 Abs. 2 und 300 Abs. 2 BGB. entsprechen im I. Entwurf die §§ 214 und 257 Abs. 2.

Entwurf I § 214: „Die Auswahl gilt erst dann als vollzogen, wenn die Leistung durch Uebergabe der ausgewählten Sache bewirkt oder, sofern schon in einem früheren Zeitpunkte die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, wenn dieser Zeitpunkt eingetreten ist."

§ 257 Abs. 2: „Ist der Gegenstand der Leistung eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, so geht mit dem Zeitpunkte, in welchem der Gläubiger durch Nichtannahme der ausgewählten und angebotenen Sache in Verzug kommt, die Gefahr auf den Gläubiger über."

Der § 214 Entw. I verstößt wider alle Logik. Er knüpft ein Minderes als Rechtsfolge an ein Mehr als Voraussetzung. Konzentration soll sich durch Vollziehung der Auswahl ergeben. Die Auswahl ist aber erst vollzogen entweder mit der Leistung, oder in dem früheren Zeitpunkte des Gefahrüberganges. Mit der Bewirkung der Leistung ist das Schuldverhältnis erfüllt, von Mängelrechten abgesehen, erloschen. Aber auch der Gefahrübergang setzt regelmäßig, wenn auch nicht immer, eine Konzentration voraus, nicht kann er seinerseits die Vorbedingung für die Konzentration bilden. Nach dem Wortlaute müßte man annehmen, es hätte sich der Entw. I nicht nur die Resultate, sondern auch die Begründung der Iheringschen Lieferungstheorie zu eigen gemacht, wonach die Gattungsschuld bis zur Erfüllung Gattungsschuld bleibt und eine vorherige Umwand-

lung der Genusschuld in eine Speziesschuld ausgeschlossen sein soll. Die Abweichung gegenüber Ihering läge dann nur darin, daß die Konzentration auch dann schon mit dem Gefahrübergange eintrete, wenn dieser ausnahmsweise nicht mit der Erfüllung (§ 463 Entw. I) zusammenfällt. Während Ihering und der Entw. I damit die selbständige Bedeutung der Konzentration überhaupt leugnen, nehmen dagegen die Motive zu §§ 213, 214 (Bd. 2 S. 11 f.) auf die Parallele zwischen Alternativ- und Gattungsschulden Bezug. Auch bei der Gattungsschuld wird nicht von dem Ausscheiden der zur Erfüllung erforderlichen Objekte, sondern von einer Auswahl gesprochen. Die Auswahl soll dem Schuldner, nur ausnahmsweise dem Gläubiger zustehen. Es liegt auf der Hand, daß die Durchführung dieses Gedankens, welcher das Ausscheiden der Gattungsobjekte auf gleiche Stufe mit der Ausübung des Wahlrechts bei der Alternativobligation stellt, gerade zu dem Ziele führen muß, welches Ihering bekämpft, nämlich zur Verselbständigung des Ausscheidungsaktes, also zur Thöl-Regelsbergerschen Theorie. Lassen die Motive in dieser Hinsicht Klarheit vermissen, so zeigen sie bei § 257 Entw. I wieder das eigenartige Hysteron Proteron von Rechtsfolge und Voraussetzung: „die Gefahr kann auf den Gläubiger nur übergehen, wenn der Schuldner an die gehörig beschaffene, d. h. der Obligation entsprechende und dem Gläubiger durch Anbieten kundgemachte Ausscheidung gebunden ist. Gemäß § 214 tritt die Bindung erst mit dem Uebergang der Gefahr ein." Motive 2, 74. Womit dann der circulus vitiosus geschlossen wäre.

Die jetzige Fassung des § 243 Abs. 2 stammt aus der II. Kommission. Zutreffenderweise beschloß man, von einer Beschränkung der Gattungsschuld auf einzelne Gattungsobjekte nur zu reden, wenn die Konkretisierung des Schuldverhältnisses

bereits vor der Erfüllung einträte. Man hielt die Bestimmungen der §§ 257, 465 Entw. I, welche ganz entsprechend den §§ 300 Abs. 2, 447 BGB. den Gefahrübergang regelten, für zu eng. Auch beim Schenkungsversprechen und einem Vermächtnisse, welches Gattungssachen zum Gegenstande habe, dürfe die Gefahr, wenn es sich um Distancesendungen handle, nicht erst mit der wirklichen Empfangnahme der Leistung, sondern müsse früher übergehen. Der Weg der Analogie aus § 465 Entw. I sei bedenklich. Man könne diese Norm wohl auf andere entgeltliche Veräußerungsverträge ausdehnen, schwerlich aber auf einseitige und unentgeltliche Schuldverhältnisse. Dem glaubte man abhelfen zu sollen nicht etwa durch Aenderung der Vorschriften über den Gefahrübergang, sondern durch Erweiterung der Vorschriften über die Konzentration. Denn „die Konkretisierung der Obligation habe, sobald sie eintrete, den Gefahrübergang zur notwendigen Folge und andererseits setze dieser die Konzentration voraus", Protokolle 1, 287. Das ist unrichtig, unrichtig nicht, wie die Minderheit der II. Kommission im Anschluß an Jhering meinte, deshalb, weil die eigentliche Konkretisierung erst mit der Erfüllung der Gattungsschuld eintrete, sondern aus einem anderen Grunde. Im gemeinen Rechte bildeten die drei Sätze:

„Genus perire non censetur";

Mit der Konzentration wird die Genusobligation zur Speziesobligation;

Für den Spezieskauf gilt: „periculum emptoris est", eine geschlossene Einheit, aus welcher man wenigstens für das Hauptverkehrsgeschäft, den Kauf, das Zusammenfallen von Konzentration und Gefahrübergang auf den Gläubiger ableiten möchte. Im heutigen Rechte ist der Gefahrübergang beim Kauf anders geregelt. Damit ist a priori die Möglichkeit gegeben, daß eine Konzentration der Gattungsschuld bereits

eingetreten ist, bevor die Gefahr auf den Gläubiger übergeht [2]).

Uebrigens hat die II. Kommission im Laufe der Beratungen ihren Standpunkt geändert. Die erwähnte Minderheit, welche eine gesetzliche Bestimmung über den Konzentrationseintritt überhaupt nicht aufnehmen und nur den Gefahrübergang bei der Gattungsschuld regeln wollte, glaubte, mit zwei Bestimmungen auskommen zu können: nämlich mit dem § 257 Entw. I (= § 300 Abs. 2 BGB.) und einer allgemeinen Vorschrift, welche unseren § 447 Abs. 1 BGB. generalisierte und welche einen Abänderungsantrag zu § 214 Entw. I (§ 243 Abs. 2 BGB.) bildete. Dieser Abänderungsantrag wurde mit der doppelten Begründung abgelehnt, daß einmal zum Ausdruck gebracht werden müsse, daß mit dem Gefahrübergang auch die Konzentration zusammenfalle, und daß zweitens eine solche generelle Fassung gegenüber dem Rechte des Werkvertrages direkt unrichtig sei. Denn bei dem Werkvertrage sei der Uebergang der Gefahr nach § 576 Entw. I erst an die Auslieferung des Werkes an den Empfänger und die anschließende Abnahme geknüpft. Dieser zweite Grund, der offenbar ausschlaggebend war, ist später weggefallen, nachdem die II. Kommission [3]) die Aufnahme einer dem § 447 Abs. 1 BGB. entsprechenden Vorschrift auch beim Werkvertrag beschlossen hatte, vergl. jetzt § 644 Abs. 2 BGB. Bei der Schlußrevision wiederholte daher die

[2]) Die hier beanstandete Identifizierung von Konzentration und Gefahrübergang erscheint auch dem BGB. so selbstverständlich, daß beim Gattungskauf der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegeben wird (§ 480 Abs. 2), wenn zur Zeit des Gefahrüberganges zugesicherte Eigenschaften fehlen, oder der Verkäufer Mängel arglistig verschwiegen hat. Die richtige Analogie aus § 463 hätte zu anderem Resultate geführt. Dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses beim Spezieskauf entspricht beim Genuskauf der Zeitpunkt, in welchem die Gattungsschuld sich auf einen bestimmten Gegenstand konzentriert.

[3]) Vergl. Protokolle 2 S. 330, 331.

Minderheit ihren früher gestellten Antrag und beantragte zugleich Streichung des jetzigen § 243 Abs. 2. Die Kommission lehnte die Wiederaufnahme der Beratung mit neun gegen neun Stimmen ab. Das ist zu bedauern. Wäre man den Schlußanträgen der Minderheit gefolgt, so wäre die Frage der Konzentration der Wissenschaft überlassen geblieben, wobei man meines Erachtens allerdings zu anderen Ergebnissen hätte gelangen müssen, als die Antragsteller im Auge hatten. Und von dem § 243 Abs. 2, dem die herrschende Lehre doch nur dekorative und deklarative Bedeutung beilegt, wären wir verschont geblieben.

II.

Den Wahl- und Gattungsschulden ist gemeinsam, daß sie bei Begründung des Schuldverhältnisses an einer gewissen Unbestimmtheit des Obligationsgegenstandes leiden. Der Rahmen für den Obligationsinhalt ist absichtlich zu weit gestellt. Alles, was er umfaßt, soll sicher nicht geleistet werden. Das leuchtet für Wahlschulden schon aus ihrer alternativen Fassung ein, auch bei Gattungsschulden trifft es zu. Es ist keine Gattungsschuld, wenn die ganze Gattung geschuldet wird. Das Genus im Ganzen bildet eine Spezies[4]). Es muß aber einmal ein Zeitpunkt eintreten, in welchem die Unbestimmtheit des Leistungsinhaltes aufhört. Diese Erscheinung bezeichnet man seit dem gemeinen Rechte mit Konzentration. Es verlohnt sich jedoch, einen juristischen Begriff nur dann weiter auszuprägen, wenn dadurch die Rechtssystematik gewinnt. Immer hört die Unbestimmtheit des Leistungsinhaltes bei Gattungs- und Wahlschulden auf im Augenblick der Erfüllung. Hier von Konzentration zu sprechen, ist nicht unrichtig, aber überflüssig. Die

---

4) Abweichend Oertmann² § 243 Erl. 1a; vergl. aber unten S. 181.

ordnungsmäßige Erfüllung bringt beide Schuldarten zum Erlöschen. Ist das Erfüllungsobjekt mit Fehlern behaftet, so tritt die Haftung des Schuldners für Mängel ein. Der Konzentrationsgedanke zeigt sich dann insofern, als die Fehler des gerade geleisteten Objekts grundlegllich für die Mängelrechte des Gläubigers gemacht werden. Begehrt beim Gattungskauf der Käufer wegen mangelhafter Lieferung nach § 480 BGB. Minderung[5], so ist bei Ansetzung der Minderungsproportion die geleistete Sache in ihrer individuellen Wertminderung einzusetzen. Und wenn sie dann mit einer fehlerfreien Sache der Gattung verglichen wird, so sind das keine Gattungs-, sondern gerade Speziesgrundsätze. Denn bei jedem Spezieskauf, welcher zu einer Minderung des Kaufpreises führt, wird die konkrete Sache mit einem Idealobjekt verglichen, wie es sich bei Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften oder beim Fehlen der im § 459 BGB. bezeichneten Mängel ergeben würde.

Immerhin sind aber alle Mängelansprüche von der Erfüllungspflicht, wie Schollmeyer[6]) nachgewiesen hat, scharf zu sondern. Da mit einer mangelhaften Sache erfüllt werden kann, so ist nach Annahme einer solchen Sache selbst bei Vorhandensein von Mängelansprüchen die Erfüllungspflicht erloschen. Deshalb ist es zweckmäßiger, in jedem Falle der Erfüllung von Wahl- und Gattungsschulden die Denkform der Konzentration überhaupt zu vermeiden[7]). Von einer Kon-

5) Ueber das Recht des Käufers, eine mangelfreie Sache verlangen zu können, vergl. unten im Abschnitt IV.

6) Schollmeyer, IheringsJ. 49, 93 ff.

7) Auch die Römer rückten den Gesichtspunkt des Erlöschens des Schuldverhältnisses in den Vordergrund. Vergl. für Alternativobligationen l. 44 § 3 D. 44, 7 (Paulus) alterius solutio totam obligationem interemit. Ueberhaupt scheint es fraglich, ob schon im römischen Recht der Konzentrationsgedanke bei Alternativobligationen Eingang fand. Vergl. Pes-

zentration zu reden, hat bei beiden Schuldarten nur Sinn, wenn die Beschränkung auf einen Leistungsinhalt, d. h. die Umwandlung in eine Speziesobligation bereits vor der Erfüllung erfolgen kann. Und zwar muß eine solche Umwandlungsfähigkeit eine Wesenseigentümlichkeit dieser Schuldarten bilden. Könnte eine Gattungs- und Wahlschuld bloß durch Vertrag nach § 305 BGB. in eine Speziesobligation verwandelt werden, so wäre das nur eine Aenderungsmöglichkeit des Obligationsinhaltes neben vielen anderen. In der Tat kennt unser geltendes Recht auch andere Umstände, welche die Konzentration sowohl der Gattungs- wie der Wahlschuld vor der Erfüllung herbeiführen. Daher ist es nicht zulässig, das Konzentrationsprinzip gänzlich zu verwerfen, wie dies neuerdings von Pescatore geschieht. Die Vorschriften unseres neuen Rechts über die Konzentration von Wahl- und Gattungsschulden (§§ 263, 265, 243 BGB.) enthalten nicht nur eine juristische Konstruktion, sondern einen Gesetzesbefehl. Also sind sie vorderhand in jedem Falle bindend. Das erkennt Pescatore wenigstens für den Bereich der Gattungsschulden auch an[8].

Die Lehre von der Konzentration ist bereits im gemeinen Rechte am besten ausgebildet bei den Alternativobligationen. Da Wahl- und Gattungsschulden nach dieser Richtung manches Verwandte aufweisen, so wird eine Untersuchung über die Kon-

catore, Die alternative Obligation (1880) 177 ff., und derselbe, Die Wahlschuldverhältnisse (1905), 87 ff. — Für Genusobligationen vergl.: Brinz, Pandekten[2] 2, 114: „Leistung ist solutio und kann als solche, gleich allem, was solutionis loco ist, nur aufheben, nicht konzentrieren.“ Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 255 Note 20 bemerkt, daß bei Genusobligationen die Konzentration durch wirkliche Leistung erfolge; die daselbst zitierten Quellenstellen beweisen dies jedoch nicht, sondern betonen nur, daß eine teilweise Leistung eines Gattungsgegenstandes als gar keine Leistung anzusehen sei.

8) Pescatore, Wahlschuldverhältnisse 311.

zentration der Gattungsschuld nur gewinnen, wenn wir bei den Wahlschulden Anschluß suchen und Gemeinsames und Gegensätzliches hervorheben. Die nahen Beziehungen von Genus- und Alternativobligationen zueinander haben von jeher die Aufmerksamkeit der Wissenschaft auf sich gelenkt. Von den römischen Juristen behandelte Papinian (l. 66 § 3 D. de leg. II°) Genus- und Alternativobligationen gleich und subsumierte die ersteren unter die letzteren. Dagegen tritt bei Marcellus (l. 72 § 4 D. 46, 3) der Wesensunterschied beider bereits klar hervor. Und wenn man seitdem Gattungs- und Wahlschulden stets auseinandergehalten hat, so zeigen doch die verschiedenen Konstruktionsversuche, welchen beide Obligationstypen unabhängig voneinander unterworfen wurden, wiederum ihre Zusammengehörigkeit. In der Mitte des vorigen Jahrhunderts konstruierte man den Gattungskauf als ein bedingtes Rechtsgeschäft. Heute scheint diese Auffassung definitiv überwunden zu sein. Dagegen erhalten sich bei der Wahlschuld die suspensiven und resolutiven Pendenztheorien mit Hartnäckigkeit.

Der Unterschied von Wahl- und Gattungsschulden läßt sich zunächst leicht formulieren [9]. Der Gattungsschuld ist eigen der Mangel individueller Merkmale. Bei der Gattungsschuld ist von vornherein nur die Qualität bezeichnet, aus welcher die Leistung erfolgen soll, und es bedarf zugleich einer Quantitätsbestimmung, um überhaupt die für jede Obligation nötige Bestimmbarkeit des Leistungsinhaltes herzustellen. Bei der Wahlschuld soll von zwei oder mehreren individuell bezeichneten Leistungen eine erbracht werden. Die eine oder die andere dieser Leistungen kann auch wieder generischen Inhalts

9) Grundlegend sind noch immer die Untersuchungen von Ihering, Jahrb. f. Dogm. 4, 400 ff., von Bekker, Jahrb. des gemeinen Rechts 4, 350 ff., und von Regelsberger, ArchCivPrax. 49, 183 ff.

sein, immer aber stehen sich die disjunktiv nebeneinander gestellten Leistungen spezialisiert gegenüber. Der Gegensatz reiner Gattungsschuld und reiner Wahlschuld läßt sich am besten bei der auf Parteiwillen beruhenden Konkretisierung zeigen. Bei der Alternativobligation haben wir eingehende Vorschriften über die Wahl. Die Wahlbefugnis kann dem Gläubiger und dem Schuldner zustehen. Man spricht von einem Wahlrecht[10]. Einseitige Wahl mag nach positivem Recht mehr oder weniger zugelassen sein, wie hierin das gemeine Recht zurückhaltender war als das BGB. — jedenfalls besteht doch die Möglichkeit, in allen Fällen der Wahlschuld durch einfache Erklärung das zu leistende Objekt so genau zu bezeichnen, daß nach dieser Richtung der Anwendung von Speziesgrundsätzen kein Hindernis entgegensteht. Dagegen wird bei der Gattungsschuld die einfache Erklärungshandlung des Schuldners oder Gläubigers, daß er dieses oder jenes Objekt aus der Gattung wähle, gar nicht die Spezialisierung nach sich ziehen können, selbst wenn ein positives Recht der Erklärung diese Wirkung beilegen wollte. Wo die Gattung sich zusammen befindet, kann eine Erklärung nicht genügen, es bedarf weiterer Handlungen, es bedarf des Ausscheidens. Nur wo die zur Erfüllung der Gattungsschuld erforderlichen Objekte sich in derartig räumlicher Trennung von den übrigen Gattungsobjekten befinden, daß sich eine unterschiedliche, nur auf sie beziehende Erklärung geben läßt, wäre es überhaupt denkbar, einer Erklärung der beteiligten Personen dieselbe Bedeutung beizulegen, wie der Wahlerklärung bei der Alternativobligation. Wenden wir diese Betrachtungsweise auf die Lieferungen aus einem Kollektivum an, so ergibt sich ihre Zugehörigkeit zu den Gattungsschulden. Sind 100 Tonnen Kohlen aus dem Dampfer Neptun oder 20 Liter

10) Dagegen nachdrücklich Pescatore, Wahlschuldverhältnisse 169 ff.

Wein aus einem bestimmten Faß zu liefern, so können uns einfache Erklärungen, die den Wahlerklärungen bei den Alternativobligationen entsprechen, in der Konkretisierung des Schuldverhältnisses keinen Schritt weiter bringen.

Ist Wahl und Wahlrecht eine notwendige Begleiterscheinung der Alternativobligation, so will sie zum Normaltypus der Gattungsschuld nicht passen. Sind aus einer Herde von 500 Gänsen 10 Gänse zu liefern, so bleibt die Obligation inhaltlich dieselbe, ob Gans 1—10 oder 70—80 oder in anderer Kombination geliefert werden. Nicht darauf kommt es bei der Unterscheidung zwischen Wahl- und Gattungsschulden an, ob die Zahl der möglichen Variationen eine kleinere oder größere oder unübersehbare ist: anderenfalls kommen wir wieder auf den Standpunkt Papinians zurück, nach welchem schließlich jede Genusobligation eine Alternativobligation ist und die Gattungsbezeichnung nur eine kurze Ausdrucksweise darstellt (l. 66 § 3 D. de leg. II° hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet). Das ist vielmehr entscheidend, ob nach den Parteiintensionen die Obligation einen anderen Inhalt bekommt, je nachdem mit dem einen oder anderen Gegenstand erfüllt wird. Ueberwiegt das Einheitsmoment bei allen Gegenständen, aus deren Mitte die Leistung erfolgen soll, so liegt Gattungsschuld vor; überwiegt die Verschiedenartigkeit, und zwar gerade nach der Parteianschauung, so drängt sich damit den Parteien unwillkürlich die Vorstellung der Wahlnotwendigkeit auf. Die Gesamtheit der alternativ geschuldeten Gegenstände mag sich nach gewöhnlicher Lebensanschauung unter einen „Begriff" zusammenfassen lassen, und dementsprechend können die Parteien auch eine Gesamtbezeichnung wählen: z. B. der Erblasser vermacht eins seiner drei Pferde und bestimmt, daß der Bedachte sich selbst das passende solle aussuchen dürfen. Aber der Strenge nach

dürfen die alternativ geschuldeten Gegenstände für die Parteiauffassung gerade keinen „Begriff" bilden, das Differenzierende muß überwiegen.

In dem BGB. ist daher die Wortfassung des Entw. I, welcher bei Gattungsschulden von einer „Auswahl" der zu liefernden Objekte sprach, mit Recht vermieden[11]). Ein Wahlrecht des Schuldners gibt es nicht, der Schuldner hat aus der Gattung zu leisten, nicht zu wählen. Bei der Alternativobligation ist der Wahlakt — mag er vom Schuldner, Gläubiger oder Dritten vorgenommen werden — losgelöst vom Erfüllungsgeschäft. Durch die Wahl geschieht erst die Feststellung des Leistungsobjekts. Die gänzliche Loslösung dieses vorbereitenden Aktes von der Leistung selbst ist ein hervorstechendes Merkmal unserer heutigen Wahlschuld; es mag darin unser heutiges Recht reichlich weit gegangen sein. Ganz anders steht es mit den Gattungsschulden. Hier ist die Wahl des Schuldners nicht verselbständigt. Natürlich muß das wirklich zu leistende Objekt noch erst bestimmt werden; aber das geschieht mit und in der Leistung. Die Wahl des Schuldners ist daher niemals eine Willenserklärung für sich. Das Ausscheiden und Aussondern der erforderlichen Gattungsobjekte ist Beginn oder doch Teil des Erfüllungsaktes. Aber auch in der Gesamtheit der zu jedem Erfüllungsgeschäft notwendigen Handlungen spielt die Aussonderung keine juristisch selbständige Rolle. Die Gattungsschulden sind Obligationen auf dare. Es würde meines Erachtens die Erkenntnis der Gattungsschuldnatur nicht dadurch gefördert werden, wenn man den Erfüllungsakt dahin zerlegte: dem Schuldner liegt sowohl ein facere wie ein dare ob, er ist verpflichtet, durch sein Ausscheiden zunächst das Leistungsobjekt zu schaffen und dann zu

11) Vergl. Jacubezky, Bemerkungen zum Entw. 50.

übereignen. Vielmehr ist die ganze Aussonderung nichts weiter als eine vorbereitende Traditionshandlung neben vielen anderen.

Ein Wahlrecht des Gläubigers ist bei Gattungsschulden ungewöhnlich, aber möglich[12]). Wie jeder Vertragsinhalt vereinbart werden kann, so kann natürlich auch der Gläubiger sich ausbedingen, daß ihm die Befugnis zustehen solle, selbst sich die erforderlichen Sachen aus der Gattung auszusondern. Dies Recht ist nicht ohne Bedeutung schon deshalb, weil in der Gattung die Qualität sehr variieren kann. Daß eine Gattungsschuld mit Wahlrecht des Gläubigers oder eines Dritten vorkommen kann, zeigen die Vorschriften über das Gattungsvermächtnis (§ 2155) und über den handelsrechtlichen Spezifikationskauf (§ 375 HGB.). Auch bei beschränkt generischen Obligationen kommen in der Praxis solche Abmachungen vor. Nach dem der ROHG.-Entsch. Bd. 24, S. 30 zu Grunde liegenden Tatbestande hatte der Käufer bedungen, aus der großen Hammelherde des Verkäufers eine bestimmte festgekaufte Anzahl Hammel sich selbst aussuchen zu dürfen. Meines Erachtens hat das Reichsoberhandelsgericht hier zutreffend das Vorliegen eines Gattungskaufes bejaht, während das Obertribunal in einem gleich gelagerten Falle (Striethorst, Archiv 4, 181) zu Unrecht Alternativkauf annahm. Schwierigkeiten ergaben sich in beiden Fällen daraus, daß der Käufer nachträglich dem Vertrage zuwider die Auswahl (Zeichnung) der Hammel und Abnahme der gekauften Stücke unterließ. Rehbein[13]), welcher allen Lieferungen aus einem Kollektivum oder Vorrat den Gattungscharakter abspricht, verweist für das heutige Recht auf den § 315 BGB. „Der Herdenbesitzer", heißt es weiter, „konnte nicht die Bestimmung der Stücke selbst vornehmen, § 264 Abs. 2 ist nicht anwendbar,

12) Vergl. noch Schollmeyer, Kommentar § 243 Erl. 4; Litten, Die Wahlschuld 91.

13) Rehbein, Kommentar z. BGB. 2 S. 27/28.

aber er konnte nach § 326 verfahren, und wenn die Herde ganz oder zu einem so erheblichen Teile ohne sein Verschulden unterging, daß nicht mehr zu leisten möglich, war § 324 Abs. 2 anzuwenden." — Das letzte ist — ganz abgesehen davon, daß § 326 von Schuldnerverzug, § 324 Abs. 2 jedoch von Annahme- (also Gläubiger-)Verzug spricht — ein schwacher Trost für den Verkäufer. Ist die Herde groß und die verkaufte Stückzahl klein, so kann bereits eine recht erhebliche Viehseuche geherrscht haben, und aus der dezimierten Herde sind immer noch so viel Stücke vorhanden, daß die Leistung möglich ist. Auch die Anwendung des § 315 BGB. unterliegt Bedenken. Die Leistung leidet nicht an einer so großen Unbestimmtheit, wie § 315 voraussetzt. Die im § 315 vorausgesetzte Unbestimmtheit ist so groß, daß das Gesetz bei Verzögerung der Bestimmung das Bestimmungsrecht nicht auf den anderen Teil übergehen, sondern die Bestimmung, selbst wenn sie nach billigem, nicht freiem Ermessen der einen Partei erfolgen soll, nur durch den Richter treffen läßt. Die analoge Anwendung des § 264 Abs. 2 ergibt sich per argumentum a majori ad minus, da eben bei der Alternativobligation die Differenzierung der wahlweise geschuldeten Gegenstände größer ist als bei der Gattungsschuld. Was nach § 264 Abs. 2 Uebergang des Wahlrechts vom Gläubiger auf den Schuldner ist, das ist hier Verlust des Wahlrechts für den Gläubiger und damit Eintritt der gewöhnlichen Leistungspflicht des Schuldners mit Konzentrationsmöglichkeit nach § 243 Abs. 2. Dem entspricht auch die Regelung des § 2155 BGB. beim Gattungsvermächtnis. Dabei bleiben im übrigen die Unterschiede zwischen Gattungs- und Wahlschulden bestehen. Gehen, solange noch der Gläubiger sein Wahlrecht besitzt, einige Haupt Vieh durch Verschulden des Verkäufers zu Grunde, so findet nicht § 265 Anwendung, sondern es beschränkt sich das Schuldverhältnis

nach § 279 auf die noch vorhandenen Gattungsobjekte, und nur bei absichtlicher Benachteiligung des Gläubigerwahlrechts durch den Schuldner kann man mit § 826 helfen[14]). Hat der Gläubiger rechtzeitig sein Wahlrecht ausgeübt, so tritt damit Konzentration auf die ausgewählten (z. B. gezeichneten) Objekte ein, die Konzentration erfolgt nicht erst mit der späteren Leistung durch den Schuldner.

Daneben besteht die Möglichkeit, die Wahl durch den Gläubiger auch als eine Bedingung aufzufassen, so daß wenn die Wahl nicht erfolgt, gleichviel aus welchem Grunde, der Kaufvertrag gar nicht wirksam wird. Allein eine solche Auslegung wird in der Mehrzahl der Fälle dem präsumptiven Parteiwillen nicht entsprechen. Viel näher liegt die Annahme einer Bedingung, wenn ein Dritter, z. B. ein dem Käufer befreundeter hervorragender Schafzüchter, die Auswahl vornehmen soll. Vergl. auch Regelsberger, ArchCivPrax. 49, 186 und das Note 4 daselbst mitgeteilte Beispiel. Ergibt die Willensinterpretation, daß die Vornahme der Wahl seitens des Dritten eine Bedingung für den Bestand des ganzen Geschäfts nicht enthält, steht insbesondere fest, daß eine bestimmte Zahl Haupt Vieh aus der Herde des Verkäufers unter allen Umständen genommen werden soll, so fragt es sich, falls der Dritte die Wahl verzögert oder vorzunehmen sich weigert, ob wir bei den Alternativobligationen oder bei § 319 Abs. 1 S. 2 Anschluß suchen sollen. Die Vorschrift des § 2155 Abs. 2 als einzige Bestimmung über eine Gattungsschuld mit Wahlrecht eines Dritten verweist uns auf Wahlschuldgrundsätze, vergl. § 2154 Abs. 2. Entsprechend werden wir bei Verkehrsgeschäften den § 264 anzuwenden haben. Es wird dem Dritten — ein Verzug desselben kommt hier nicht in

14) Abweichend Pescatore S. 150/1 unter meines Erachtens verfehlter Heranziehung des § 249 BGB.

Betracht — von dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Vornahme der Wahl gesetzt, nach dem fruchtlosen Verstreichen der Frist wandelt sich die Schuld in eine gewöhnliche Gattungsschuld bezw. in eine gewöhnliche gemischt generische Schuld mit der dem Schuldner nach § 243 Abs. 2 eingeräumten Konzentrationsbefugnis um[15].

15) Die Wahl des Dritten ist in der Literatur des BGB. bei der Gattungsschuld bisher nicht behandelt, und bei der Wahlschuld verweist man im Anschluß an die II. Kommission (Protokolle 1, 285) auf die §§ 317 ff. BGB. Nur darüber besteht bei der Wahlschuld Streit, ob der Dritte nach freiem Belieben (Schollmeyer § 262, Fischer-Henle[7] § 262 Note 4) oder nach billigem Ermessen zu wählen habe (Crome, System Bd. 2 § 153 bei Note 20; Litten, Wahlschuld 85, und Enneccerus, BR.[3] 1, 611). — Nach dem Vorstehenden sind hier die Vorschriften der §§ 317 ff. überhaupt nicht anzuwenden, und die Frage, ob der Dritte nach billigem Ermessen oder freiem Belieben zu wählen hat, ist, wie bereits Pescatore (S. 121 ff.) für die Wahlschuld zutreffend ausgeführt hat, deplaciert: durch die alternative Fassung hat das Schuldverhältnis bereits einen so bestimmten Rahmen erhalten, daß natürlich innerhalb der gesteckten Grenzen eine Wahl nach freiem Belieben zulässig sein muß. Es kann dabei gar nicht vorkommen, daß die Wahl „offenbar unbillig" ist.

Bisher ist für die Gattungsschuld mit Wahlrecht des Dritten in erster Linie darnach unterschieden, ob die Wahl des Dritten Bedingung des Schuldverhältnisses sei oder nicht. Demgegenüber vertritt Pescatore für das gemeine (Alternativobligation 71) und für das heutige (Wahlschuldverhältnisse S. 110, 117 ff.) Recht die Ansicht, daß die Wahl stets zur Bedingung wird, wenn sie von einem Dritten vorgenommen werden soll. Die Bedingung entscheide entweder über Sein oder Nichtsein des gesamten Rechtsverhältnisses oder über eine einzelne Phase desselben. Das letztere sei eben dort der Fall, wo die herrschende Lehre eine Bedingung verneine und das Wahlrecht, im Falle der Dritte die Wahl nicht vornehmen könne oder wolle, auf eine der Parteien übergehen lasse. — Gegen Pescatore ist zu bemerken, daß letzterenfalls eben deshalb keine Bedingung vorliegt, weil die weiteren Rechtsfolgen bei Ausfall der Wahl des Dritten nicht auf Parteiwillen, sondern auf Gesetzesvorschrift beruhen. Mag man bei der const. 3 § 1 Cod. 6, 43 Censemus (Iustinianus A. Iohanni pp.) itaque si intra annale tempus ille qui eligere jussus est, hoc facere supersederit vel minime potuerit vel quandocunque decesserit ipsi legatario videri esse datam electionem .... darüber zweifeln, ob sie eine

Zwei Umstände sind es vornehmlich, welche eine Vermischung der Grenzlinien zwischen Gattungsschulden und Wahlschulden bewirken. Wenn es nach dem bisher Bemerkten als ein Kennzeichen der Gattungsschuld anzusehen ist, daß wegen Wesensgleichheit ein Objekt für das andere geleistet werden kann, so braucht diese Gleichstellung nicht in den objektiven Verhältnissen ihre Rechtfertigung zu finden. Die subjektive Wertschätzung der Parteien ist allein maßgebend. Daher decken sich die Gegensätze Vertretbarkeit und Nichtvertretbarkeit einerseits und generelle und individuelle Bestimmtheit der Obligation andererseits in keiner Weise. Daher ist auch eine Genusobligation an infungiblen Sachen möglich[16]; z. B. kann eine Radierung Rembrandts aus den Jahren 1640/41 so gut Gegenstand einer Gattungsobligation sein, wie ein Schock Eier, und für beide Beispiele gilt in gleicher Weise, was oben S. 171 für alle Gattungsschulden bemerkt wurde, daß die Leistungsgegenstände nur der Quantität und Qualität nach bestimmt sind. Andererseits kann die Gattung größer oder kleiner, sie kann eng umgrenzt sein. Nicht nur daß natürlich unter den mannigfach bestehenden Gattungen der Sachobjekte die Parteien die eine oder die andere sich zum Gegenstand der Leistungspflicht erwählen können: die Parteien schaffen vielmehr erst selbst die Gattung. Sie können den Kornvorrat eines Landguts, die 1000 Flaschen Rheinwein dieses Kellers, die Kohlenförderung eines bestimmten Bergwerks, die Pferde eines Gestüts zur Gattung erheben. Danach sind die

---

Dispositivnorm oder eine Auslegungsregel enthält, der Charakter der §§ 2154 Abs. 2, 2155 Abs. 2 BGB. als dispositiven Rechts steht mindestens so fest, wie der des § 262, von welchem Pescatore (S. 165) es annimmt.

16) Vergl. Ihering, a. a. O. 405; Bekker, a. a. O. 351; Goldschmidt, Handbuch des HR. I 2 S. 589.

Lieferungen aus einem Kollektivum, die sog. gemischt generischen Obligationen wirkliche Gattungsschulden [17]).

Von den in der Note 17 angeführten Gegnern haben Bechmann und Oertmann ihren abweichenden Standpunkt näher begründet.

> Bechmann, a. a. O. 325: „Was man in dieser Anwendung Genus nennt, ist doch gar nichts anderes als die sonst wohlbekannte universitas rerum distantium, das Kollektivganze, d. h. eine Mehrheit von körperlich selbständigen Sachen, unter welchen der Wille einer bestimmten Person die tatsächliche Beziehung des Zusammengehörens hergestellt hat. Diese Beziehung, eben weil sie eine subjektive ist, hat keine objektiven Wirkungen . . . . die Sachgesamtheit

---

17) Daß Lieferungen aus einem Kollektivum Wahlschulden sein können, wenn „die generische Bezeichnung nur eine Abkürzung der alternativen ist" (Windscheid), ist allgemein anerkannt. Es handelt sich nur darum, ob die Leistung aus einem Vorrat auch nach dem Parteiwillen zu einer Genusschuld werden kann. Und dies ist zu bejahen. Den Gattungscharakter solcher Obligationen hat am schärfsten hervorgehoben Ihering S. 394 u. 405. Vergl. ferner Bekker 365; Regelsberger, a. a. O. 185; Kohler, IheringsJ 17, 390. Unter den Neueren besonders Staudinger-Kuhlenbeck § 243 Erl. 4; ferner Schollmeyer § 243 Erl. 2; Planck § 243 Erl. 2; Cosack, BR. Bd 1 § 84 bei Note 13 b; Matthiaß, BR. Bd. 1 § 74 II; Crome, System 2, 46 Note 7; Endemann[8] u. [9] Bd. 1 § 119 Note 10; Litten, Die Wahlschuld 88—91; Kisch bei Grünhut 28, 258; Düringer-Hachenburg, HGB. 2, 399. Dieser Ansicht hat sich jetzt auch die Praxis angeschlossen, vergl. RG. 57, 141.

Stets nehmen Alternativobligation an: Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 § 38 Note q u. t und S. 400; Brinz, Pandekten 2, 99 ff. (unter Anerkennung, daß im römischen Recht solche Obligationen als Genusobligationen behandelt würden, S. 101); Goldschmidt, Handbuch § 61 bei Note 20 ff. Gegen die Möglichkeit einer Genusschuld ferner Dernburg, BR. II (1) §§ 11 u. 45, und Bechmann, Kauf 2, 324—326. — Für Speziesschuld mit unbestimmtem Inhalt: Eck, Vorträge 1, 241; Oertmann[2] § 243 Erl. 1 a; Rehbein, BR. 2, S. 28. — Eigenartig: Pescatore, Wahlschuldverhältnisse 146 ff.

beruht auf durchaus individueller Bestimmtheit, ganz im Gegensatz zu den Gattungsmerkmalen, für die die Anschauung des Verkehrs maßgebend ist."

Diese Ansicht verwechselt die objektive Sacheigenschaft der Fungibilität[18]) mit dem subjektiven Charakter der Genusschuld. Oertmann § 243 Note 1a: „Daß die Leistung hier nur der Gattung nach bestimmt ist, läßt sich allein dann annehmen, wenn man den individuell abgegrenzten Gesamtvorrat als eine Gattung für sich ansieht. Und damit wirft man den Gattungsbegriff, der seine Berechtigung und Besonderheit im Gegensatz zum konkret Wahrnehmbaren findet, einfach über Bord. Eine Gattung, die zugleich Spezies wäre, ist ein Unding. Eine auf den Gesamtvorrat als Ganzes gerichtete Schuld wäre somit eine Speziesschuld; wie kann es anders sein, wenn die Schuld nur auf einen Teil davon geht? Der Teil eines Konkretum kann doch auch nur ein Konkretum sein."

Hier überwiegt ein anderer Gedanke. Es wird offenbar angeknüpft an die zuerst von Thöl gemachte Unterscheidung zwischen „übersehbarem" und „unübersehbarem" genus, woraus dann Spätere den Schluß gezogen haben: „Ein übersehbares genus ist kein genus mehr" (Eck, Vorträge 241)[19]). Nun ist aber jene Unterscheidung wertlos. Auch eine zunächst unübersehbare Gattung fungibler Sachen kann durch Untergang einzelner Stücke immer mehr zusammenschrumpfen, so daß sie schließlich „übersehbar" oder nach Oertmann „konkret wahrnehmbar" wird. Das allein nimmt den übrig gebliebenen Stücken nicht den Gattungscharakter (§ 279 BGB.), wie auch von vornherein — man denke an seltene Tiere und Pflanzen-

18) Vergl. BGB. § 91. „Sachen die im Verkehre nach Zahl, Maß und Gewicht bestimmt werden."

19) Vergl. auch Oertmann, Vorbemerkung zu §§ 262 ff. Nr. 2d und oben S. 168 Note 4.

gattungen — die Zahl der vorhandenen Gegenstände eine geschlossene sein kann.

Mehrfach hat man auch eingewendet, daß schon die für Gattungsschulden aufgestellten Rechtssätze selbst ihre Anwendbarkeit auf Lieferungen aus einem Kollektivum ausschlössen. Wenn die Obligation dahin gehe, 10 Liter Wein aus diesem Faß zu gewinnen, so sei die Vorschrift des § 243 Abs. 1, wonach eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten sei, ohne Belang. Es paßten dann auch die Bestimmungen des § 480, vergl. §§ 491, 493, nicht, daß der Käufer im Falle mangelhafter Lieferung die Beschaffung eines mangelfreien Gegenstandes verlangen kann, und ebensowenig diejenigen über Gattungsvermächtnis § 2155, die für Art und Güte der zu leistenden Gattungssache die Verhältnisse des Bedachten grundleglich machen.

Allein der § 243 Abs. 1 BGB. und der entsprechende § 360 HGB. haben auch für die von den Gegnern anerkannten Gattungsschulden eine weit geringere praktische Bedeutung, als es auf den ersten Augenblick scheint. Das Beispiel Cosacks: „A hat seinem Gläubiger B versprochen, seine alte Schuld durch Lieferung von Zigarren abzutragen, er wird eine Sorte von 50—60 Mark das Tausend liefern müssen", hat wegen seiner drastischen Willkür Aufsehen erregt (Eck, Vorträge 236). Es stimmt aber zum Wortlaut des Gesetzes. Und daher werden die geschäftskundigen Parteien, zumal im Handelsverkehr Genuskäufe die Regel bilden, fast immer die Qualität näher bestimmen. Die Praxis geht sogar so weit, aus der Höhe des bewilligten Kaufpreises ohne nähere Qualitätsabrede auf eine stillschweigend bedungene, von der Mittellinie abweichende Art und Güte der Ware zu schließen[20]). Abgesehen davon, daß

20) ROHG. 11, 438; 15, 415 und dazu: Düringer-Hachenburg 2, 404; Rehbein 2, S. 29.

also die Vorschrift des § 243 Abs. 1 BGB. auch bei reinen Gattungsschulden vielfach beiseite geschoben wird, ist ihre Anwendung auf Lieferungen aus einem Kollektivum keineswegs ausgeschlossen. Werden 100 Flaschen Rotwein aus dem Keller des Kommerzienrats X geschuldet, so kann auch hier geringere und bessere Qualität in Frage kommen. Sind die Flaschen einer schwachen Frau zur Stärkung vermacht, so werden die Erben nach § 2155 älteren abgelagerten Jahrgang aussuchen müssen, sie werden den jüngeren, bouquetreicheren und deshalb vielleicht teureren Wein für sich behalten dürfen. Selbst in dem obigen Beispiel, nach welchem 10 Liter Wein aus einem Fasse versprochen waren, wird der Schuldner nicht den trüben Rest, bei Kohlenlieferungen aus einem bestimmten Schiff nicht die durch Einladen und Ausladen gebildete Klein- (sog. Grus-)kohle nach § 243 Abs. 1 liefern dürfen. Und dem entspricht auch ein beschränktes Anwendungsgebiet des § 480. Auch die praktisch wichtigeren Rechtsnormen über Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden finden auf die Lieferungen aus einem Kollektivum Anwendung. Vor der Konzentration wird der Schuldner nach § 279 frei, wenn der ganze Vorrat untergeht[21]).

III.

Nach dieser Abgrenzung der Gattungsschuld von der Wahlschuld wenden wir uns nunmehr den einzelnen Konzentrationsfällen zu. Gehen wir auch hier zunächst von der Alternativobligation aus. Das gemeine Recht unterschied, wenn wir uns der Einfachheit halber direkt an das Kompendium von Windscheid anschließen, fünf Fälle der Konzentration bei der Alternativobligation:

---

21) Abweichend z. B. Rehbein S. 28.

1) die wirklich vollzogene Leistung,
2) den Vertrag unter den Parteien,
3) ausnahmsweise die einseitige Erklärung des wahlberechtigten Teils,
4) Prozeßerhebung bei Gläubigerwahlrecht,
5) Unmöglichkeit der einen Leistung.

Unser heutiges Recht führt nur zwei Konzentrationstatsachen auf: nämlich Ausübung des Wahlrechts § 263 Abs. 2 und Unmöglichkeit der einen Leistung § 265. Aus dem gemeinen Rechte würde der dritte und vierte Fall heute unter die Ausübung des Wahlrechts fallen; auch der erste Konzentrationsgrund, die wirklich vollzogene Leistung, subsumiert sich darunter. Nach der herrschenden Lehre des gemeinen und heutigen Rechts ist nämlich die Erfüllung bezw. Annahme als Erfüllung bei der Alternativobligation in erster Linie Ausübung der Wahl, erst in zweiter Linie Tilgung der Schuld, da die Wahlschuld vor Ausübung der Wahl nicht tilgungsfähig ist. Dies ist von Bedeutung, wenn Erfüllung bezw. Erfüllungsannahme in Unkenntnis oder Irrtum über das Wahlrecht erfolgen. Es greifen dann — sobald die in der ersten Leistung liegende Wahlerklärung nach den Grundsätzen über Willensmängel nichtig oder anfechtbar ist [22]) — Kondiktionen Platz und die richtig gewählte Leistung muß nachträglich erfüllt werden. Hiergegen hat sich neuerdings eine beachtenswerte Opposition erhoben [23]), insbesondere haben sich Crome und Pescatore gegen die herrschende Lehre erklärt. Um nur eins der Beispiele Pescatores wiederzugeben: Nach den geltenden Eisenbahnbestimmungen kann der Inhaber eines Rundreiseheftes die Reise mit dem ersten oder mit dem letzten Fahrscheine des

22) Litten, Wahlschuld 148 ff.

23) Crome, System Bd. 2 § 153 zu 5 b α; Pescatore 196 ff.; Kretschmar, Die Erfüllung (1906), 184.

Heftes beginnen und dementsprechend die Hin- und Rückreise „wählen". Pescatore wirft die Frage auf, ob man denn wirklich einen Reisenden ernst nehmen sollte, welcher nach Beendigung der Reise mit dem leeren Umschlage des Heftes in der Hand der Bahndirektion gegenüber erklären würde, er habe das Wahlrecht, in der umgekehrten Reihenfolge fahren zu dürfen, nicht gekannt und wolle daher anfechten. — Die Rechtsentwickelung wird sich wohl diesen Gründen nicht verschließen können, sie wird wahrscheinlich dort zu einer Einschränkung des Wahlrechts führen, wo eine Rückgängigmachung der in Unkenntnis des Wahlrechts geschehenen Erfüllungshandlung besonders schwierig ist, wie bei Leistung von Diensten, Benutzung von Sachen (vergl. auch § 346 S. 2 BGB.), Lieferung von Konsumptibilien, die verbraucht sind [24]). Eine weitere Einschränkung des Wahlrechts ist gar nicht einmal wünschenswert. Jedenfalls ist die Ausübung des Wahlrechts selbst nach irrtümlicher Leistung im heutigen Rechte uneingeschränkt zulässig, sie war es nach gemeinem Rechte und den anschließenden modernen Gesetzgebungen. Auch stammt das Wahlrecht in diesem Sinne nicht aus der mittelalterlichen Rumpelkammer [25]), sondern ist wesentlich älter. Es ist das Recht Justinians, welcher in der const. 10 Cod. 4, 5 damit eine Kontroverse zwischen Celsus, Marcellus, Ulpian einerseits und Julian und Papinian andererseits im Sinne der letzteren entschied [26]).

Bei der Gattungsschuld liegt die Sache wesentlich einfacher. Hat der Schuldner 100 Sack Weizen zu liefern und in vertragsmäßiger Qualität erfüllt, so kann er natürlich nie-

---

24) Gänzlich ablehnend gegenüber den Pescatoreschen Ausführungen jetzt Kipp bei Windscheid 2, 35.

25) Pescatore, Wahlschuldverhältnisse 294 ff.

26) Uebrigens Pescatore selbst 55.

mals diesen Weizen zurückfordern, weil er noch anderen Weizen liegen habe, den er lieber „gewählt“ hätte. Zweifelhafter könnte man schon sein, wenn ausnahmsweise dem Gläubiger bei der Gattungsschuld die Wahl eingeräumt ist. Obwohl die Parallele mit der Wahlschuld hier naheliegt, so meine ich, diese und damit eine spätere Anfechtung des Erfüllungsaktes, wegen Irrtums des Gläubigers über Vorhandensein und Inhalt des Wahlrechts ablehnen zu sollen. Diese Entscheidung würde ich auf die Gleichstellung der einzelnen Gattungsgegenstände bei der Genusobligation (oben S. 173, 179) stützen. Ich gebe aber zu, daß die Sache sehr streitfähig ist.

Der im gemeinen Rechte aufgeführte Konzentrationsgrund der vertragsmäßigen Abmachung ist auch ohne gesetzliche Bestimmung im heutigen Rechte für die Wahlschuld verblieben. Durch Vertrag kann auch die Konzentration der Gattungsschuld erfolgen[27]. Man könnte versucht sein, dies als eine Aenderung des Vertragsinhaltes nach § 305 BGB. aufzufassen[28]. Schärfer nuanciert wird man aber sagen müssen: die Umwandlung der Gattungsschuld in ein Schuldverhältnis, welches bestimmte Speziesobjekte umfaßt, muß einmal erfolgen. Diese Umwandlung ist nicht eine willkür-

27) Vergl. auch RG. 43, 182 ff., insbes. 184 (preußischrechtliche Entscheidung mit Verweisung auf das BGB.).

28) So Endemann, BR. Bd. 1 § 119 Note 18 sub a: „Die tatsächliche Konkretisierung kann durch Einigung der Parteien ersetzt werden. Dann aber liegt meines Erachtens eine Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld vor.“ Daraus haben dann andere (Planck § 243 Erl. 5 a. E.; Schollmeyer § 243 Erl. 6 d) den Schluß gezogen, daß die Konkretisierung durch Vertrag intensivere Wirkung hervorrufe als die sonstige Konzentration. Bei einer vertragsmäßigen Konzentration sei ein jus variandi niemals, auch nicht bei Annahmeverzug des Gläubigers zugelassen. — Wenn die normale Konzentration nach § 243 Abs. 2 in allen wichtigen Fällen eine Speziesschuld nicht erzeugt, wenn das nur durch Vertrag erzielt werden kann, dann sollte man die Denkfigur der Konzentration lieber ganz beseitigen.

liche Veränderung, sondern ein natürlicher Entwickelungsprozeß, sie kann durch Vertrag wie durch andere juristische Tatsachen herbeigeführt werden. Daher ist die Heranziehung des § 305, welcher den Gedanken einer Tilgung der Gattungsschuld durch datio in solutum nahelegt, besser zu vermeiden. — Außerdem ist noch folgende Einschränkung hinzuzufügen: Vertragsmäßige Vereinbarung kann eine Gattungsschuld in eine Speziesschuld nur wandeln, wenn die einzelnen Gattungsobjekte, auf welche sich die Vereinbarung konzentriert, bereits ausgeschieden sind oder individualisiert bezeichnet werden können. Sind 50 Liter Petroleum zu liefern, so kann eine vertragsmäßige Konzentration nicht stattfinden, solange das Petroleum noch im großen Fasse ist, wohl aber, wenn das Quantum in ein entsprechendes Behältnis ausgeschieden wurde.

Was den weiteren Konzentrationsgrund bei Alternativobligationen, Unmöglichkeit der einen Leistung, betrifft, so wäre für Gattungsschulden die Frage dahin zu stellen: Wird eine Gattungsschuld durch Untergang aller Gattungsobjekte bis auf diejenigen, welche zur Erfüllung notwendig sind, zu einer Speziesschuld? Das gemeine Recht verneinte die Frage von vornherein aus einem praktischen Grunde. Die Gefahr ging alsdann beim Gattungskauf nicht auf den Käufer über. Mit der Beseitigung des Satzes „periculum emptoris est" ist dieser Grund weggefallen, und die Haftungsbefreiung wäre heute nach § 275 und § 279 die gleiche, wenn jetzt noch der letzte Rest unterginge. Wohl aber kann die Möglichkeit gegeben sein, daß Gegenstände derselben Gattung später wieder neu entstehen. Mit ihnen muß natürlich auch erfüllt werden können. Daher ist auch im übrigen keine Konzentration anzunehmen. Ist dagegen bei Lieferungen aus einem Kollektivum die Entstehung neuer Objekte ausgeschlossen, so sind Speziesgrundsätze anzuwenden.

Endlich ist noch ein letzter Konzentrationsfall zu behandeln. Der Wahl bei der Wahlobligation entspricht bei Gattungsschulden die Konzentration nach § 243 Abs. 2. Wie die Wahl ein einseitiger Rechtsakt ist, so kann auch die Gattungsschuld durch einseitiges Vorgehen, und zwar des Schuldners, konzentriert werden. Die Stellung des Gattungsschuldners, dem heute nach § 243 Abs. 2 einseitige Konzentration in die Hand gegeben ist, ähnelt der Stellung des Schuldners bei der Alternativobligation, dem nach römischem Rechte das Wahlrecht zustand. Im römischen Rechte war es in der Regel dem Schuldner nicht so leicht gemacht, durch einfache Wahlerklärung die Konzentration der Alternativobligation herbeizuführen. Der Gläubiger konnte sich auf den Standpunkt stellen: „rede, was du willst, aber erfülle", und für die Erfüllung konnte sich der Schuldner dann allerdings die eine oder andere Leistung aussuchen. Und so fordert denn heute der § 243 Abs. 2 BGB. für die Konzentration der Gattungsschuld, daß der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan haben muß.

Zunächst ist, wie die Bezugnahme des Abs. 2 auf Abs. 1 ergibt, dazu nötig, daß Gattungssachen mittlerer Art und Güte geliefert werden. Ist die Ware, die dem Schuldner zur Verfügung steht, von geringerer Qualität und solche nicht besonders bedungen, so kann der Schuldner die Konzentration einseitig nicht herbeiführen.

Ist die Gattungsware von besserer Qualität, als bedungen oder gesetzlich vorgeschrieben ist, so kann natürlich der Schuldner in solcher Qualität die Konzentration nach § 243 Abs. 2 vollziehen. Die Entscheidung der zwischen Planck (§ 243 Erl. 3) einerseits und Dernburg (BR. Bd. 2 § 11 IV), Cosack (BR. Bd. 1 § 84 III 3 b) andererseits streitigen Frage, ob der § 243 Abs. 1 den Schuldner hindere, auch bessere Ware zu liefern, sollte doch nicht zweifelhaft sein, wenn nur, was bei

diesen Schriftstellern unerörtert bleibt, der Schuldner keine höhere Gegenleistung, als ursprünglich festgesetzt, dafür begehrt. Nicht so einfach liegt ein anderer Punkt. Kann der Schuldner, wenn er in besserer Qualität die Konzentration herbeigeführt oder gar in besserer Qualität erfüllt hat, dies wieder rückgängig machen und das als Erfüllung Geleistete kondizieren? Das Gesetz enthält hierüber keine Bestimmungen. Meines Erachtens ist die Frage im allgemeinen zu verneinen. Die Erfüllung der Gattungsschuld in besserer Ware ist keine Leistung eines aliud pro alio [29]). Jedes Schuldverhältnis gibt einen gewissen Spielraum für die Erfüllung. Es kann so dürftig erfüllt werden, daß der Schuldner haarscharf bis an die äußerste Grenze des Zulässigen hinabgeht. Niemand wird sagen, daß, wenn ein Schuldner seine Verpflichtungen anständiger auffaßt und anständiger erfüllt, er damit dem Gläubiger ein Geschenk macht; er hat immer noch e r f ü l l t. Und daher muß es dem Schuldner auch versagt bleiben, wenn er irrtümlich in diesem Spielraum zu hoch greift, dieses nachträglich rückgängig zu machen. Auch für das heutige Recht dürfte sich verwerten lassen die

> l. 52 D. mandati 17, 1 (Javolenus) fidejussorem si sine adjectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo; a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit. Itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fidejussori dare, et fidejussor id, quod dederit, id est melius triticum condicet, exceptione eum doli mali summoveri existimo.

---

29) Inwieweit in der Lieferung einer Ware von m i n d e r e r Qualität eine totale Nichterfüllung liegt, darüber vergl. unten im Abschnitt IV.

Nach römischem Rechte konnten sich Bürgen und Hauptschuldner durch Lieferung der geringsten fehlerfreien Qualität befreien (quodlibet triticum dando). Der Bürge hat aber besseren Weizen geliefert. Javolenus gibt dem Bürgen nur einen Regreßanspruch auf den geringsten Weizen gegen den Hauptschuldner, denn dieser hätte in solcher Qualität ja die Schuld tilgen können. Der Jurist versagt aber dem Bürgen zugleich die condictio gegen den Gläubiger auf Rückgabe des gelieferten Quantums besseren Weizens. Allerdings wird die Kondiktion nicht rundweg abgewiesen, sie unterliegt nur einer exceptio doli[30]).

Natürlich läßt sich der Satz, daß die Kondiktion bei Lieferung besserer Ware, als bedungen, ausgeschlossen sei, nur für den Regelfall aufstellen. Ist mit der Lieferung der besseren Qualität eine unbillige Bereicherung des Gläubigers gegeben, was sich am leichtesten aus dem offenbaren Mißverhältnis zwischen der gelieferten Gattungsware und dem dafür festgesetzten Preise nachweisen läßt, so muß selbstverständlich die Rückforderung der versehentlich gelieferten besseren Ware gestattet sein. Wer für 100 Flaschen Bordeaux 1893er Jahrgang 110 Mark bewilligt, kann jedenfalls kein Hochgewächs jenes Jahrganges verlangen und muß, wenn er etwa durch Versehen der Angestellten der Weinhandlung doch klassierten Wein bekommen hat, diesen wieder herausgeben.

Außer der Lieferung in der vorgeschriebenen oder in besserer Qualität ist zu der Konzentration nach § 243 Abs. 2 BGB. immer eine Aussonderung der erforderlichen Gattungsobjekte notwendig. Es fragt sich nur, ob das einfache Ausscheiden genügt. Das muß nach dem S. 174 über den unselbständigen Charakter der Aussonderung Bemerkten bereits zweifelhaft sein.

30) Vergl. hierzu noch Wendt, Exceptio doli im ArchCivPrax. 100, 209 ff. Daselbst ist auch eine abweichende Auslegung der Stelle von Pernice, in Labeo[2] 2, 245 widerlegt.

Die Textfassung des Gesetzes, daß der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan haben müsse, knüpft gerade an den entscheidenden Wortlaut an, den Jhering in seiner Lieferungstheorie verwendete. Es ist nun nicht uninteressant, hier einen kurzen Rückblick auf die dogmengeschichtliche Wandlung, welche unsere Lehre seit Jhering bis heute durchgemacht hat, zu werfen. Wie schon oben angedeutet, war die Frage nach der Konzentration für das gemeine Recht kein Selbstzweck, sondern wurde lediglich zur Lösung des Gefahrproblems bei der Gattungsschuld aufgeworfen. Das Seltsame in dem Entwickelungsabschluß, den die Konzentrationslehre im BGB. gefunden hat, liegt nun darin, daß man die Formel Jherings, der dem Konzentrationsbegriff jegliche Existenzberechtigung absprach, gerade in den § 243 Abs. 2 aufgenommen hat. Nach Jhering tritt das generisch bestimmte Objekt erst mit der Erfüllung aus der Form der generischen Bestimmtheit[81]) heraus (JheringsJ 4, 384). Im weiteren Verlaufe spricht dann Jhering von Lieferung statt von Erfüllung. „Die Lieferung besteht regelmäßig in der Tradition. Allein die Lieferung kann auch auf andere Weise erfolgen. Die Begriffe von Tradition und Solution fallen keineswegs zusammen" (S. 418). Es habe der Verkäufer geliefert, wenn er im Auftrage des Käufers den gekauften Vogel fliegen lasse. Es habe der Verkäufer ferner geliefert, wenn er die gekaufte Schiffsladung Sand an dem ihm vom Käufer bezeichneten Platze ausgeladen habe. Für die Lieferungen sei also das Maßgebende, daß der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan haben müsse. Das geschehe bei den Obligationen auf Holen und Bringen durch Tradition. Es könne aber auch auf andere Weise, wie eben durch Wegwerfen, Ab-

81) oder Unbestimmtheit?

laden und Absenden, erfolgen (S. 420). Und nun kommt Jhering mit der ihm eigenen schöpferischen Intuition zu der Fundamentaleinteilung in Verpflichtungen auf Holen, Bringen und Schicken[82]). Die hier geprägten Begriffe haben wegen ihrer praktischen Brauchbarkeit eine so ungeheure Werbekraft besessen, daß sich auch die Gegner in den Spielarten der Ausscheidungs- und Individualisierungstheorien nicht ganz von ihnen haben frei machen können. Es entspricht der Natur des Genies, Werte zu schaffen und Wahrheiten auszusprechen, ohne daß die vom Schöpfer selbst beigebrachte Begründuug in allen Einzelheiten stichhaltig zu sein braucht. Jherings ablehnender Standpunkt gegenüber dem Konzentrationsbegriff ist bereits durch Bekker und Regelsberger zutreffend als irrig bezeichnet. Hier mag nur noch eins hervorgehoben werden. Obwohl Jhering in dem entscheidenden Teile seiner Abhandlung den Ausdruck Erfüllung vermeidet und nur von Lieferung spricht, so sind doch offenbar beide Ausdrücke, wie auch die Verweisung auf die „Solution" zeigt, in identischem Sinne gemeint. Beim Bringen und Holen ist allerdings mit der Tradition erfüllt. Niemals ist aber erfüllt im Falle des Absendens mit der Uebergabe an den Transporteur, es sei denn, daß dieser ausnahmsweise als Vertreter des Gläubigers die Ware in Empfang nimmt.

Für die folgenden Ausführungen darf zur Klarstellung des in dieser Abhandlung vertretenen Standpunktes noch einmal darauf hingewiesen werden, daß zur Auslegung des § 243 Abs. 2 weder der § 300 Abs. 2, noch der § 447 BGB. heran-

82) Auch im folgenden wird die Jheringsche Terminologie beibehalten. Bringschulden sind beim Gläubiger zu erfüllen, mag dies nun im Wirtshaus der Tisch sein, an welchem der Gast sitzt, oder ein vom Schuldnerwohnsitz weit entfernter Ort. Bei Hol- und Schickschulden ist der Erfüllungsort beim Schuldner, nur hat bei der Schickschuld der Schuldner die Uebersendung an den Bestimmungsort übernommen.

gezogen werden darf. Denn Konzentration deckt sich nicht nur mit Gefahrübergang nicht, es kann sich auch der Gefahrübergang bei Gattungsschulden ohne Konzentration vollziehen. Die Resultate werden von denen der bisherigen Lehre nicht allzusehr abweichen. Es handelt sich aber nach den eingangs hervorgehobenen Mängeln der herrschenden Meinung darum, eine andere wissenschaftliche Begründung zu suchen.

In vielen Fällen bedarf der Schuldner zur Erfüllung der Mitwirkung des Gläubigers überhaupt nicht: so bei der Erfüllung mancher Aufträge, Dienst-, Werkverträge und bei den Unterlassungspflichten[33]). Hierher gehören auch die Iheringschen Beispiele, Wegfliegenlassen des Vogels, Sandabladen an der vom Gläubiger bezeichneten Stelle und das Beispiel Schollmeyers (§ 243 Erl. 5 a β), daß im Gebirge der Brauer das Bier an einer bestimmten Stelle der Fahrstraße niederlegt, damit es der Wirt von dort abholen lasse. Hat hier der Schuldner im Iheringschen Sinne das seinerseits Erforderliche getan, so ist das Schuldverhältnis erloschen. Diese Fälle bieten daher vom Standpunkt der Konzentrationslehre kein Interesse, da eben hier die Konzentration nicht vor der Erfüllung eintritt[34]). — Bei einer zweiten Gruppe von Gattungsschulden —

---

33) Jede Unterlassungspflicht kann durch Beobachtung des anbefohlenen negativen Verhaltens im Sinne des § 362 BGB. erfüllt werden. Abweichend Stammler, Recht der Schuldverhältnisse 215 ff. Vergl. aber Heinrich Lehmann, Die Unterlassungspflicht (1906) 204—220, insbes. 207 ff.

34) Es ist also meines Erachtens ein Unterschied zu machen in der Behandlung des Schollmeyerschen Beispiels und des gewöhnlichen Distancekaufs (Schickschuld). Der Käufer beim Distancekauf ist stets in der Lage, durch Verweigerung der Warenannahme am Bestimmungsort die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges auszulösen. Im ersteren Falle wird es jedoch so angesehen, als wenn der Wirt vom Brauer das Faß an der bezeichneten Stelle ausgeantwortet erhalten hat. Es ist bereits erfüllt. Daher spricht Bekker, a. a. O. 378 ff. in solchen Fällen von Tradition

es sind das die Fälle, in welchen Ihering von einer Tradition spricht und die Unterscheidung von Holen und Bringen macht — ist die Mitwirkung des Gläubigers zur ordnungsmäßigen Erfüllung, insbesondere zur Uebereignung der Ware unumgänglich. Hierüber sind sich alle einig, mögen die Stimmen in der Literatur auch darüber geteilt sein, wie weit ein Konsens

---

im weiteren Sinne. Nimmt daher der Wirt das niedergelegte Faß nicht an, so ist die Zurückweisung ein interner Akt, der vielleicht bei der Verfolgung wirklicher oder angeblicher Mängelrechte von Bedeutung sein, niemals aber rückdatierend Gläubigerverzug hervorrufen kann. Wir streifen damit übrigens eine Frage von weittragender Bedeutung, die, allgemein formuliert, dahin zu stellen wäre: kommt der Gläubiger, wenn er die Ware in Empfang genommen und nach erfolgter Prüfung früher oder später wegen angeblicher Vertragswidrigkeit zur Disposition gestellt hat, in Gläubigerverzug? Ihre Beantwortung ist im Handelsverkehr wichtig, und ihre Bejahung wäre für den Verkäufer günstig, da der Selbsthilfeverkauf mit seinen Rechtsfolgen für ihn bequemer und risikofreier ist, als wenn er lediglich die Klage auf den vollen Kaufpreis erheben könnte. Vergl. Harnier, DJZ. 1899 S. 110, 194. und Huch daselbst S. 233. Für Gläubigerverzug: Rosenberg, IheringsJ. 43, 198; Enneccerus[2] 1, 708 Note 8; Staudinger-Kuhlenbeck § 293 Erl. 1 b; Düringer-Hachenburg 3, 211; Staub, Kommentar zum HGB.[6] u.[7] § 373 Note 4 und Exkurs zu § 373 Note 43 (während die früheren Auflagen für die Verneinung waren) Gegen Gläubigerverzug: Lehmann-Ring § 373 Erl. 5 und Note 2 dazu. Aus der Praxis des Reichsgerichts sind mir nur zwei Entscheidungen zu dem alten Art. 343 HGB. bekannt, welche aber für das neue HGB. § 373 zu verwerten sein dürften. Hier ist die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs und damit das Vorliegen des Gläubigerverzuges bejaht: Seuff. Archiv Bd. 35 Nr. 237, verneint dagegen Juristische Wochenschrift 1899 S. 101, 102 (= DJZ. 1899 S. 177). — Meines Erachtens ist zwischen Annahme als Empfangnahme und Annahme mit Billigung (§§ 341, 363, 464 und 640 BGB und dazu RG. 57, 338) zu unterscheiden. Letztere ist für Umfang und Erhaltung der Mängelrechte (vergl. § 377 HGB.), nicht aber für den Gläubigerverzug von Bedeutung. Sonst käme man dahin, daß der Selbsthilfeverkauf ein neues Mängelrecht — nämlich des Verkäufers wäre, wenn der Käufer nach der Empfangnahme der Ware zu Unrecht rügte. Uebrigens berührt sich die Streitfrage mit jener anderen, ob zur Erfüllung überhaupt die Einigung über die causa solvendi erforderlich ist.

zwischen Gläubiger und Schuldner über die causa solvendi zu fordern sei[35]). Es besteht nun eine doppelte Möglichkeit: entweder es leistet der Gläubiger die erforderliche Mitwirkung, dann ist wiederum erfüllt. Oder es bleibt der Schuldner deshalb zur Leistung weiter verpflichtet, weil er durch einen in der Sphäre des Gläubigers liegenden Umstand an der Erfüllung gehindert wird. Im letzteren Falle tritt stets, mag technisches Verschulden auf der Gläubigerseite vorliegen oder nicht, Gläubigerverzug ein. Eine selbständige Bedeutung hat daher die Konzentration bei Hol- und Bringschulden nur im Falle des Annahmeverzuges. — Besondere Behandlung erheischt die Verpflichtung auf Schicken. In diesem für den ganzen Handels- und Wirtschaftsverkehr wichtigsten Falle hat, wie seit Ihering für die Wissenschaft feststeht und womit die moderne Gesetzgebung übereinstimmt, der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan mit der Uebergabe an das selbständige Transportinstitut. Daß an denselben Tatbestand für Kauf und Werkvertrag (§§ 447, 644 BGB.) auch zugleich der Gefahrübergang geknüpft ist, ist ohne Belang. Die Konzentration muß, wie man hierin der Meinung der II. Kommission folgen kann, auch bei allen übrigen Gattungsschulden eintreten.

Während bei der ersten Gruppe Vornahme des dem Schuldner Obliegenden und Erfüllung zusammenfallen, während bei der zweiten Gruppe Vornahme des dem Schuldner Obliegenden mit Erfüllung einerseits oder Gläubigerverzug andererseits zusammenfallen, ist bei der Schickschuld ein dreifaches Moment zu unterscheiden. Hat der Schuldner mit dem Absenden das seinerseits Erforderliche getan, so braucht[36]) in

35) Vergl. Kretschmar, Die Erfüllung 108/9, und die kritische Ueberschau bei Oertmann § 362 Erl. 4.

36) Ueber die Fälle, wo Gläubigerverzug vor Absendung und Ausscheidung eintreten kann, vergl. unten S. 196/7.

diesem Zeitpunkte weder Erfüllung noch Gläubigerverzug gegeben zu sein. Während die Ware sich bei dem Spediteur oder auf der Reise befindet, tritt ein Zwischenstadium ein. Erst nach der Ankunft des Guts am Bestimmungsort kommt es auf das Verhalten des Gläubigers an, ob das Schuldverhältnis durch Erfüllung erlischt oder in die Phase des Gläubigerverzuges gelangt.

Unser bisheriges Ergebnis ist also, daß bei der Schickschuld durch Ausscheiden und Absenden, bei der Hol- und Bringschuld durch Ausscheiden und Gläubigerverzug die Konzentration der Gattungsschuld nach § 243 Abs. 2 vollzogen ist. Da das Ausscheiden begrifflich bei jeder Konzentration nach § 243 Abs. 2 erforderlich ist, so kommen alle jene Fälle des Gläubigerverzuges hier nicht in Betracht, welche ein Ausscheiden nicht voraussetzen.

Liegt das Wesen des Gläubigerverzuges darin, daß der Gläubiger seine Mitwirkung zur Erfüllung der Schuld versagt, und wird bei vielen Obligationen der Erfüllungsakt einen gewissen Zeitraum erfordern, so besteht andererseits nach dem individuellen Leistungsinhalt die Möglichkeit, daß in jedem einzelnen Augenblick dieses Zeitraums die Mitwirkung des Gläubigers notwendig wird und ausbleibt. So kann es sein, daß der Schuldner die Leistung gar nicht zu beginnen vermag, ohne daß der Gläubiger sich beteiligt, z. B. wenn der Maler ein Porträt anfertigen soll und der Besteller dem Maler nicht sitzt. So bei allen Gattungsschulden, wenn der Gläubiger zuvor eine Spezifikation vornehmen soll. Der Schuldner vermag hier den Gläubiger auch vor dem Ausscheiden nach §§ 295, 296 in Verzug zu setzen. Da aber trotzdem noch keine Konzentration eintritt, so mußte das HGB. (§ 375) dem Schuldner noch weitere Handhaben geben, um die Abwickelung des Geschäfts zu erzwingen. Ebenso kann auch ein Gläubiger-

verzug vor der Konzentration eintreten, wenn dem Gläubiger ausnahmsweise ein einfaches Wahlrecht bei der Gattungsschuld eingeräumt ist. Oben (S. 176) ist aber bereits der Weg gezeigt, wie hier das Schuldverhältnis in eine einfache Gattungsschuld mit einseitiger Konzentration des Schuldners nach § 243 Abs. 2 übergeleitet werden kann. In anderen Fällen ist die Mitwirkung des Gläubigers bei Beginn der Erfüllung geringer: so, wenn der Gläubiger Säcke für die Kartoffeln, Körbe für die Aepfel zu liefern hat. Hier kann sich schließlich der Schuldner auch ohne den Gläubiger allein helfen und immer noch durch Ausscheiden einseitig die Konzentration herbeiführen. Aber es besteht jedenfalls die Möglichkeit, daß bei allen Gattungsschulden auf „Holen" der Gläubigerverzug schon vor der Konzentration eintritt, so z. B. wenn der Gläubiger 2000 Zentner Petroleum aus dem Schiffe Neptun vom Hamburger Freihafen nach Aufforderung oder zum festen Termin abnehmen soll und dies versäumt, ohne daß der Schuldner ausscheidet [37]. Auch wenn der Gläubiger von vornherein erklärt, er werde die Ware doch nicht annehmen (§ 295 S. 1 BGB.), kann der Ausscheidung und damit der Konzentration der Gläubigerverzug vorangehen. Eine derartige Weigerung kann aber auch den Konzentrationszeitpunkt selbst, zu Ungunsten des Gläubigers verschieben. Erklärt der Gläubiger bei der Schickschuld am Erfüllungsorte, daß er die zur Absendung an den Bestimmungsort bereitgehaltene und ausgeschiedene Ware doch nicht annehmen werde, so braucht der Schuldner die Ware nicht erst dem Transporteur zu übergeben [38]. Es ist schon jetzt Gläubigerverzug und Konzentration zugleich eingetreten.

37) Vergl. RG. 50, 260, ferner für Gläubigerverzug nach § 295 vor der Ausscheidung Planck § 300 Erl. 3; Oertmann Erl. 3 b. Dagegen: Schollmeyer § 300 Erl. 2; Endemann Bd. 1 § 140 Note 5.

38) Rosenberg, a. a. O. 195.

Da für die Schickschuld der hier angenommene Konzentrationszeitpunkt sich zufällig[39]) mit dem von der herrschenden Lehre vertretenen deckt, so dürften sich weitere Ausführungen erübrigen. Dagegen ist noch etwas bei der Hol- und Bringschuld zu verweilen.

Wie der Schuldnerverzug nicht schon bei Fälligkeit der Schuld eintritt, es vielmehr noch einer Mahnung bedarf, so genügt auch für den Gläubigerverzug nicht die Leistungsbereitschaft des Schuldners, es muß die Leistung dem Gläubiger angeboten sein. Dies hat unser heutiges Recht (§§ 294 ff.) im Gegensatz zu den Kohlerschen Ausführungen in IheringsJ. 17, 400 ff. bestimmt und es hat wohl daran getan. Denn die Rechtspraktikabilität erfordert, daß in einer nach außen unzweideutig hervortretenden Weise der Termin festgelegt wird, von wann an die mildere Haftung des Schuldners und die ungünstigere Stellung des Gläubigers beginnen soll. Ist nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses schon für einen dies gesorgt, so sind Mahnung und Angebot überflüssig und es gelten die Rechtsparömien „dies interpellat pro homine" (§ 284 Abs. 2) und „dies offert pro homine" (§ 296).

Weniger gelungen sei aber, so hat man eingewendet, die gesetzliche Normierung der Art und Weise des Angebotes beim Gläubigerverzug. Jedenfalls verkenne das Gesetz Regelfall und Ausnahme. Denn aus § 269 BGB. folge, so meint die herrschende Lehre[40]), daß im Zweifel alle Schulden Holschulden seien. Als Regel aber erfordert das Gesetz Realoblation (§ 294 BGB.) und nur ausnahmsweise (§ 295) läßt es wörtliches Angebot genügen. Die Stellung von §§ 294

39) Die Zufälligkeit ergibt sich aus dem Vorhandensein der Vorschrift des § 447 über den Gefahrübergang.

40) Crome, System Bd. 2 § 155 S. 105; Endemann, BR. Bd. 1 § 134 sub 1 c; Cosack, BR. Bd. 1 § 103.

und 295 als Regel und Ausnahme sei selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn man die zahlreichen Fälle der Geldschulden als Bringschulden in Betracht zieht, denn systemgemäß sei § 270 als Ausnahme von § 269 gesetzt[41]). — Allein diese Vorwürfe sind nicht gerechtfertigt. Der § 270 bildet keine Ausnahme von § 269, sondern der Wortlaut seines Abs. 4: „die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt", zeigt gerade, daß die Fragen nach dem Erfüllungsorte und nach dem Charakter einer Obligation als Hol- oder Bringschuld gänzlich zu sondern sind. Und nun gibt es mehr Bringschulden, als die herrschende Lehre wahr haben will[42]). Nach dem typischen Vertragsinhalte wird man bei der Leihe und Miete beweglicher Sachen annehmen müssen, daß Mieter und Entleiher die Sachen zurückbringen oder schicken müssen. Oder sollte etwa der Inhaber einer Leihbibliothek oder eines Fahrradverleihgeschäftes sich die vermieteten Gegenstände wiederholen müssen? Ebenso steht es bei der Darlehnsschuld, auch wenn kein Geld (§ 270), sondern andere vertretbare Sachen zum Darlehn gegeben sind. Auch beim Dienstvertrage wird sich der Arbeiter meist zu seinem Dienstherrn begeben und dort seine Dienste zur Verfügung stellen. Ferner ist die Schadensersatzschuld generell eine Bringschuld.

Immerhin bleibt ein weites Anwendungsgebiet für die Holschulden. Die deponierte Sache wird abgeholt, geholt werden auch die Gattungsgegenstände beim depositum irregulare (§ 700 BGB.). Im Zweifel hat der Käufer zu holen, ein Gleiches gilt für den Vermächtnisnehmer. Und so bleibt es für die Gattungsschulden wohl trotz § 270 BGB. richtig, daß die Holschulden an Zahl die Bringschulden überwiegen.

---

41) Rosenberg 154.

42) Es ist auf die sehr beachtenswerten Ausführungen von Wendt, ArchCivPrax. 100, 127—130 zu verweisen. Wendt nimmt ein noch weiteres Anwendungsgebiet für die Bringschulden an.

Bei Holschulden muß es nun zur Konzentration genügen, wenn der Schuldner die Ware wörtlich anbietet, oder wenn er den Gläubiger auffordert, die Ware abzuholen, oder wenn für die Abholung ein Termin bestimmt und dieser Termin herangekommen ist[43]. Im letzteren Falle läßt sich also der Augenblick des Konzentrationseintrittes genau berechnen. Soweit ein wörtliches Angebot oder eine Aufforderung zum Abholen ergeht, kann man über den genauen Termin zweifeln. Die Aufforderung und die Verbaloblation sind Rechtsgeschäfte, einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen[44]. Es kommen

---

43) Die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung sind geteilt und natürlich mit der Frage betr. den Gefahrübergang verquickt. Die weit überwiegende Ansicht geht dahin, daß beim Tatbestande des § 295 (Gläubigerverzug unter wörtlichem Angebot der ausgeschiedenen Gattungssachen) die Konzentration eintritt, dies jedoch nicht geschieht beim Gläubigerverzug des § 296, mag auch eine Ausscheidung stattgefunden haben: so Planck[3] § 300 Erl. 3; Oertmann § 300 Erl. 3; Staudinger-Kuhlenbeck § 300 Erl. 2 a. E.; Matthiaß, BR. 1, 335; Cosack, BR. Bd. 1 § 106; Endemann 1, 790; Kipp bei Windscheid 2, 43; Crome, System Bd. 2, § 164 Note 13; Enneccerus BR[3] 1, 710; Goldmann-Lilienthal 1, 353 Note 8; Rehbein 2, 144; Eck, Vorträge 288.

Nur wenige lassen wie im Text auch beim Gläubigerverzug nach § 296 Konzentration zu: so Rosenberg 278; Schollmeyer, JheringsJ. 49 S. 96, 119 im Gegensatz zum Kommentar § 300 Erl. 2 (Verweisung auf § 279!), und Titze, Unmöglichkeit 19/20, allerdings aus § 300 Abs. 2 läßt sich das nicht ableiten. Wenn also Kisch, Krit. Vierteljahrsschrift 44, 513 bemerkt, diese Ansicht habe nicht nur den Wortlaut des Gesetzes gegen sich, sondern mache auch den Gefahrübergang „von einer unkontrollierbaren, jederzeit wieder rückgängig zu machenden Handlung“ abhängig, so trifft ersteres nicht zu, da wir an den Wortlaut des § 300 Abs. 2 nicht gebunden sind, und letzteres ist nicht ausschlaggebend. Die Aussonderung ist ebenso unkontrollierbar und ebenso gut rückgängig zu machen, wenn ein wörtliches Angebot nach § 295 erfolgt. Jedes Angebot hat eben, wie oben im Texte ausgeführt ist, nur den Zweck, den Termin des Gläubigerverzugsbeginnes festzulegen. Soweit dieser Zeitpunkt nach dem Gesetze in anderer Weise fixiert ist, muß es dabei sein Bewenden haben. Auch wäre der Ausschluß der Konzentrationswirkung, wie Eck (Vorträge 288) mit Recht bemerkt, eine große Härte.

44) So Rosenberg 157; zweifelnd Oertmann § 294 Erl. 1.

also in Betracht der Moment der Abgabe der Erklärung, unter Abwesenden der Zeitpunkt des Zugehens der Erklärung, und jener noch spätere Zeitpunkt, bis zu welchem man dem Gläubiger Frist gönnen muß, um zu kommen und — vielleicht mit schwer zu beschaffenden Transportmitteln — zu holen. Gläubigerverzug tritt erst mit dem Ablauf des letzten Termins ein. Man wird aber Kipp[45]) zustimmen müssen, daß dieser Zeitpunkt für die Konzentratiou nicht abzuwarten ist. Denn der Schuldner hat das seinerseits Erforderliche bereits vorher getan. Von den ersten beiden Zeitpunkten scheint der der Abgabe der Erklärung den Vorzug zu verdienen, denn damit ist das dem Schuldner Obliegende vollendet. Das ist aber nicht richtig. Da die genannten Erklärungen empfangsbedürftig sind, so trifft den Schuldner eine gewisse Erfolgshaftung: die Erklärungen reisen auf seine Gefahr, und er hat das seinerseits Erforderliche erst getan, wenn die Erklärungen zugegangen sind. Dieser Zeitpunkt ist also maßgebend. Da hier überall bereits eine Aussonderung derjenigen Gattungsobjekte, auf welche sich das Schuldverhältnis konkretisieren soll, stattgefunden haben muß, so kann für uns die streitige Frage, wie weit der Schuldner bei Holschulden zur Herbeiführung des Gläubigerverzuges auch tatsächlich leistungsbereit sein muß, auf sich beruhen[46]).

Bei Bringschulden ist Realoblation erforderlich. Nach erfolglosem Angebot ist die Konzentration vollzogen. Natürlich muß das Angebot ordnungsmäßig geschehen. Wer 1000 Tonnen Kohlen bei sich an- und abzunehmen hat, kommt nicht in Verzug, wenn er die ohne Ankündigung übermittelte Ware nicht

---

45) Kipp bei Windscheid 43/44.

46) Vergl. das Nähere bei Oertmann § 295 Erl. 1 a δ, und Rosenberg 155 mit 185 ff., wo gut ausgeführt wird, daß selbst die tatsächliche Leistungsbereitschaft nicht immer eine Aussonderung voraussetzt.

sofort unterbringen kann, weil er den erforderlichen Platz und Raum erst frei machen muß. Erklärt der Gläubiger von vornherein, er werde die Leistung doch nicht abnehmen, so erübrigt sich, wie bei der Schickschuld das Absenden, so hier das Bringen, und es muß auch hier die Aussonderung mit wörtlichem Angebot genügen.

Endlich tritt bei allen Gattungsschulden, mögen sie auf Bringen oder Holen oder Schicken gerichtet sein, Konzentration ein, wenn der Gläubiger zwar die angebotene ausgeschiedene Ware annehmen will, nicht aber die verlangten Gegenleistungen anbietet. § 298[47]).

IV.

Die Wirkung der Konzentration geht dahin, daß die Gattungsschuld in eine Speziesschuld umgewandelt wird. Dadurch tritt eine Veränderung im Schuldverhältnis ein, die sich sowohl dem Gläubiger wie dem Schuldner gegenüber nachteilig erweisen kann. Vor der Konzentration besteht für den Schuldner noch eine größere Freiheit, da er nach seinem Belieben mit jedem Gegenstand aus der Gattung erfüllen kann. Und der Gläubiger kann durch Untergang einzelner Gattungsobjekte noch nicht seinen Anspruch verlieren. Nach der Konzentration wird beides anders. Da die ausgeschiedenen Gattungsobjekte vom Augenblick der Konzentration ab nur allein geschuldet werden, so mindert sich damit die Haftung des Schuldners, er hat für schuldlosen Untergang und für schuldlose Verschlechterung der Spezies nicht mehr aufzukommen. An die Stelle der Vorschrift des § 279 tritt die des § 275 BGB. Aber auch zu Ungunsten des Schuldners wirkt die Kon-

47) Dagegen die herrschende Lehre auf Grund des § 300. Wie hier: Rosenberg 280, und Kipp bei Windscheid 2, 48.

zentration: er hat kein jus variandi mehr[48]). Beide Sätze haben in dem § 243 Abs. 2 des Gesetzes unzweideutigen Ausdruck gefunden. Sie bedürfen meines Erachtens auch keines Nachweises ihrer Existenzberechtigung, sie ergeben sich, **wobei wir den juristischen Gefahrbegriff ganz beiseite lassen können**, aus der Notwendigkeit, daß das unbestimmte Schuldverhältnis der Gattungsschuld schließlich zu einem bestimmten werden muß, sie entsprechen endlich auch der Billigkeit. Jene Ungerechtigkeit, welche, wie besonders F. Leonhard[49]) hervorgehoben hat, bei der Wahlschuld nach § 263 dadurch eintreten kann, daß der Schuldner schon lange vor der Erfüllung gerade, wenn es ihm passend erscheint, durch die Wahlerklärung dem Gläubiger das Risiko aufbürden kann, besteht bei der Gattungsschuld nicht. Denn hier muß in dem wichtigsten Konzentrationsfall (§ 243) der Schuldner ja schon alles getan haben, was von seiner Seite zur Erfüllung erforderlich ist. Umgekehrt ist es aber auch nur konsequent, wenn der Gläubiger einen festen Anspruch auf diejenigen Gattungsobjekte erhält, auf welche die Konzentration stattgefunden hat. In Wissenschaft und Praxis wird dagegen dem Schuldner nach der Konzentration ein jus variandi eingeräumt, wenn der Gläubiger kein berechtigtes Interesse dafür nachweisen

---

48) So die herrschende Meinung: Dernburg, BR. II (1) § 12 II; Crome, System § 147 N. 4; Enneccerus BR.[3] 580; Matthiaß, BR. 1, 338; Oertmann[2] § 243 Erl. 5 b; Planck § 243 Erl. 5; Staudinger-Kuhlenbeck § 243 Erl. 5 b; Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis 47/48. — Dagegen lassen die Konzentration nur zu Gunsten des Schuldners eintreten: F. Leonhard, JheringsJ. 41, 28 ff.; Kisch bei Grünhut 28, 259; Staub, Exkurs zu § 373 HGB. Note 44, und mit interessanten Folgerungen: Kohler, Lehrbuch des BR. 2, 109. — Vermittelnd Schollmeyer § 243 Note 6; Cosack, BR. Bd. 1 § 84 III 3 f.

49) F. Leonhard, a. a. O. 26.

kann[50]), daß ihm gerade die ausgeschiedenen Gattungsobjekte geliefert werden. Die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (ROHGE. 2, 410) und des Reichsgerichts (RG. 11, 114; 34, 99) zog daraus den Schluß, daß der Verkäufer nicht die angebotene, aber abgelehnte Ware, sondern nur gleichartige zum Selbsthilfeverkauf zu stellen brauche[51]). Und neuerdings hat der oberste Gerichtshof in einer Entscheidung des II. Zivilsenats vom 23. Dezember 1904 ausgesprochen, daß, wenn der erste Selbsthilfeverkauf nicht ordnungsmäßig verlaufen ist, der Verkäufer eben Ware gleicher Qualität in einem zweiten wirksamen Selbsthilfeverkauf versteigern lassen könne, und daß der Käufer keinen Anspruch habe auf den höheren Erlös aus der im ersten Selbsthilfeverkauf versteigerten Ware, auf welche die Konzentration eingetreten war[52]). Man ist hier leicht mit dem Schikaneverbot nach § 226 und der allgemeinen Vorschrift über Treu und Glauben bei Schuldverhältnissen (§ 242) bei der Hand, wenn der Gläubiger sich auf sein formales Recht berufen sollte[53]). Dieser Standpunkt ist meines Erachtens geradezu unrichtig. Es läßt sich bezweifeln,

50) Die herrschende Lehre bürdet also dem Gläubiger die Beweislast auf; besser: Oertmann, Kommentar 16 unter a.

51) Ebenso OLG. Marienwerder in der Rechtsprechung des OLG. 8, 435 = Seuff. Archiv 59, 74.

52) Mitgeteilt im Recht 1906 Nr. 2075. Die in dieser Zeitschrift beliebte Wiedergabe von Entscheidungen läßt auch hier weder Tatbestand noch Gründe genügend erkennen. Etwas ausführlicher im neuen Sächs. Archiv 1, 10. Danach waren im ersten Selbsthilfeverkauf 1500 M. erzielt, während der zweite nur 305 M. brachte. Der Käufer hatte also ein großes Interesse daran, den ersten Verkauf grundleglich zu machen. Der Tatbestand spricht von „versandtbereiter" Blechware. Daraus ergibt sich zwar noch nicht sicher, ob die Ware bei Eintritt des Gläubigerverzuges ausgeschieden war. Sie war es aber spätestens zur Zeit der Vornahme des ersten Selbsthilfeverkaufs.

53) Vergl. Recht 1906 Nr. 2806 = OLG. Frankfurt v. 6. April 1906.

ob die Gerichte ebenso entschieden hätten, wenn von Anfang an eine individuell bezeichnete Speziessache geschuldet wäre und der Schuldner es wagen würde, dem Gläubiger eine andere gleichartige und gleichwertige Sache wider dessen Willen aufzudrängen. Ein **beneficium dationis in solutum** haben wir nicht mehr, und von einer **facultas alternativa debitoris** wird man auch wohl nicht sprechen wollen. Man scheint die Konzentration nicht ernst zu nehmen. Es liegt jener Ansicht bewußt [54]) oder unbewußt die Anschauung zu Grunde, daß doch nicht jede [55]) Konzentration den absoluten Charakter einer Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld trägt. Das führt auf das gemeine Recht zurück. Ihering (S. 435, 438) lehrte: bei der Bring-Gattungsschuld gehe die Gefahr der offerierten annehmbaren Spezies auf den Gläubiger über, wenn derselbe die Ablieferung verhindere, also nicht annehme. Es könne aber der Schuldner auch wieder auf den Gefahrübergang verzichten, er könne die abgezogenen Flaschen Wein wieder in das Faß zurückschütten oder anderweitig über die Flaschen verfügen. Dann sei er wieder wie früher nur Schuldner einer Gattungsschuld. Das paßt zu Iherings Ablehnung der Konzentration, das paßt aber nicht zu Iherings eigener Motivierung des Gefahrüberganges. Wenn er sagt: die Gefahr müsse bei der Bringschuld in dem Augenblick auf den Gläubiger übergehen, in welchem er die realiter angebotene Sache nicht annimmt, denn anderenfalls hätte der Schuldner erfüllt, der Gläubiger müsse das Risiko der Erfüllungsverhinderung tragen — so hätte der weitere Schluß zu lauten: anderenfalls hätte dann aber nach der Erfüllung der Schuldner auch

54) Kisch bei Grünhut 28, 529; Staub, Kommentar z. HGB., Exkurs zu § 373 Note 44.

55) Nur soweit die Konzentration durch Vertrag unter den Parteien erfolgt, wollen Planck und Schollmeyer reine Speziesgrundsätze anwenden. Vergl. oben Note 28.

nicht die Verfügung gerade über die Objekte gehabt, deren Gefahr er zwar jetzt einseitig dem Gläubiger aufbürden darf, deren wirtschaftliche Verwertung, z. B. durch günstigen Gelegenheitsverkauf ihm aber nach wie vor weiter zustehen soll. Die oben S. 164—168 referierte Entstehungsgeschichte der §§ 243 u. 300 erwies eine starke Opposition in der II. Kommission gegen die Konzentration überhaupt. Die Mehrheit glaubte, allen für den Schuldner unbequemen Konsequenzen mit einer doppelten Begründung die Spitze abbiegen zu können. Einmal dürfe der Schuldner der unmotivierten Weigerung des Gläubigers, andere Ware gleicher Art und Güte als Erfüllung anzunehmen, mit einer exceptio doli begegnen, und sodann, war von einer Seite betont[56], könne die Annahmeverweigerung des Gläubigers unter Umständen die Bedeutung eines Verzichtes auf die zu seinen Gunsten eingetretene Konkretisierung haben. Beide Gründe sind, wie bereits von anderer Seite bemerkt wurde[57], sehr bedenklich. Selbst wenn man die rechtsgeschäftliche Natur eines solchen Verzichtes nicht allzusehr urgiert, schwebt doch noch alles in der Luft und wird zur Fiktion. Wenn aber Planck und mit ihm die in Rechtswissenschaft und Praxis herrschende Lehre die Vorschriften über Treu und Glauben heranziehen, um dem Gläubiger die Berufung auf eine Konzentration abzuschneiden, so ist das nichts anderes als das Acceptieren der exceptio doli in anderer Form. Dann wäre es besser gewesen, mit der Scheinexistenz der Konzentration ganz aufzuräumen.

Man darf sich jedoch überhaupt nicht mehr wundern, wenn die elementarsten Forderungen aus dem Konzentrationsprinzip heutzutage rundweg abgelehnt werden. Nirgends findet der moderne Gnaeus Flavius so überzeugte Anhänger wie hier.

56) Protokolle 1, 288.

57) Planck 2, 14; Kipp bei Windscheid 2, 44.

Bei der Konzentration der Wahlschuld durch Unmöglichkeit der einen Leistung (§ 265 BGB.) sehen wir auf Schritt und Tritt, daß offen und ruhig dem Gesetz die Gefolgschaft verweigert, und wer es wagen sollte, das Gesetz anzuwenden, der „mechanischen Anwendung toter Rechtsregeln" geziehen wird. Um nur eins herauszugreifen. Ueber die Billigkeit der Vorschrift, daß, wenn der wahlberechtigte Schuldner von den alternativ geschuldeten Gegenständen a, b, c die ersten beiden kulpos zerstört, er nur noch c und nicht daneben die Wertsurrogate für a und b schuldet, mag man streiten. Die Vorschrift wird aber gerade als gerechtfertigt anerkannt[58]). Es soll gerecht sein, daß der Gläubiger jetzt nur c fordern darf. Geht aber c nun kasuell unter, dann ist mit der Konzentration alles nicht wahr gewesen. Dann soll der Schuldner nicht frei werden, sondern zum Ersatze verpflichtet bleiben (nach anderen: werden)[59]). Er soll nun für den Wert der durch sein Verschulden zerstörten Gegenstände a und b haften oder er soll jetzt dafür Ersatz leisten, daß er früher die Konzentration schuldhaft herbeigeführt hat, während er früher nicht dafür haftete, und er soll sich nach einigen Schriftstellern durch Wertersatz des zuletzt untergegangenen Gegenstandes befreien dürfen. Was den römischen Juristen Papinian (l. 95 § 1 D. 46, 3) bewogen hat, dem Gläubiger eine a. doli zu geben, interessiert hier nicht; wie man aber heute gegenüber dem Wortlaut des

58) Z. B. von Pescatore, Wahlschuldverhältnisse 242.

59) Für Ersatzpflicht: Pescatore, Wahlschuldverhältnisse 243; Oertmann, Kommentar S. 63/64; Schollmeyer § 265 Erl. I 3; Rehbein, Erl. 64 zu §§ 241—292; Crome, System 2, 97; Kipp bei Windscheid 2, 39; Kleineidam, Unmöglichkeit 103; Titze, Unmöglichkeit 204 f.; Litten, Wahlschuldverhältnisse 196; Enneccerus, BR.[3] 615; Staudinger-Kuhlenbeck 57.

Nur ganz vereinzelt werden die Konsequenzen aus der Konzentration gezogen: Matthiaß, BR. 1, 306 mit Betonung des dispositiven Charakters des § 265. Ferner Kisch, Unmögichkeit 234/235 und Planck 2, 53.

§ 265 BGB. eine Ersatzpflicht des Schuldners verteidigen will, leuchtet nicht ein. Pescatore konstruiert die Haftung des Schuldners als eine latente Schadensersatzpflicht, die vom Schuldner verschuldetermaßen unmöglich gemachte Leistung scheide nicht ex obligatione, sondern nur ex electione aus, um demnächst beim zufälligen Unmöglichwerden der letzten Leistung wieder zur aktuellen Bedeutung zu gelangen. Andere meinen, die Konzentration des § 265 trete nur zu Ungunsten, nicht zu Gunsten des wahlberechtigten Schuldners ein, noch andere wollen mit einer Haftung für unerlaubte Handlungen helfen. Ich muß bekennen, daß ich ein besser oder schlechter unter den einzelnen Konstruktionen nicht zu finden vermag. Will man das Gesetz nicht anwenden, so ist es lediglich eine Frage des Temperaments, wie weit man sich von der Norm entfernen will. Auch damit, wie es von einigen geschieht, daß man auf den dispositiven Charakter des § 265 BGB. hinweist, läßt sich die Willkür nicht entschuldigen. Die Haftungsnormen sind, von dem pactum ne dolus praestetur in Ansehuung der eigenen Person des Schuldners abgesehen, alle dispositiven Charakters und können bald durch Parteivereinbarung zu Gunsten des Schuldners gemildert, bald durch Garantieverträge für kasuelle Hinderungen verschärft werden. Aber solcher abweichende Parteiwille muß nachgewiesen und im übrigen das Gesetz befolgt werden.

Kehren wir zu den Gattungsschulden zurück, so ist noch eines Schriftstellers besonders zu gedenken, welcher der Konzentrationswirkung des § 243 Abs. 2 eingehende Behandlung widmet. Kipp[60]) führt aus: Trete die Konzentration nach § 243 Abs. 2 ohne Gläubigerverzug ein (Schickschuld), so sei der Schuldner allerdings zum Ersatz verpflichtet, wenn er die

60) Kipp bei Windscheid 44/45.

abgesandte Ware zurückziehe und durch andere ersetze. Der Ersatz könne aber möglicherweise (§ 249) eben auch nur auf Lieferung einer anderen gleichen Sache gehen. Immer aber müsse dem Gläubiger nach § 281 BGB. der Anspruch auf das Surrogat insbesondere auf den Erlös zustehen, welchen der Schuldner durch anderweitige Veräußerung der Ware, auf welche die Konzentration sich gerichtet habe, erzielte. Sei der Gläubiger dagegen in Annahmeverzug, so könne man vom Schuldner billigerweise nicht verlangen, daß er die nicht angenommene Sache weiterhin dem Gläubiger individuell zur Verfügung halte[61]). Es könne also der Schuldner disponieren, wie er wolle. Und der Gläubiger könne sich dann über eine anderweitige Verwendung der ausgeschiedenen Ware nicht beklagen, als ihn dieselbe von der Gefahr (§ 300 Abs. 2) und den Kosten der Aufbewahrung (§ 304) entlaste.

Der diesen Ausführungen zu Grunde liegende Gedanke ist meines Erachtens fruchtbar, muß aber von einer doppelten Einschränkung, die Kipp selbst ihm gibt, befreit werden. Zunächst ist lege non distinguente eine andere Behandlung der Konzentration bei Gläubigerverzug als in den übrigen Fällen nicht geboten. Auch bei Annahmeverzug des Käufers erlangt der Verkäufer nicht die freie Disposition über die verkaufte Speziessache wieder. Und ebenso ist es wohl nicht anzunehmen, daß das Gesetz dem Verkäufer der Gattungsware nach Eintritt der Konzentration und des Gläuberverzuges neben der Haftungserleichterung (§ 300 Abs. 1) und der Abnahme des Risikos (§ 300 Abs. 2) noch ein Spekulationsrecht einräumen wollte. Denn der Schuldner wird sich nur dann herbeilassen, dem

61) Wie Kipp für eine besondere Behandlung des Gläubigerverzuges: Crome, Dernburg, OLG. Celle und Marienwerder, SeuffertsA. Bd. 57 Nr. 142 und Rechtsprechung 10, 156, sowie das Note 52 zitierte Erkenntnis des Reichsgerichts.

Gläubiger die aufgebürdete Gefahr wieder abzunehmen, wenn er selbst dabei Vorteil findet. Richtig ist es vielmehr, hier wie auch sonst den Schuldner zur Verantwortung zu ziehen, wenn er die Konzentration einseitig wieder aufhebt. Und zwar ist der Haftungsgrund mit Kipp in der vorsätzlich herbeigeführten Unmöglichkeit oder entsprechendem Unvermögen zu sehen, die geschuldete Speziessache zu liefern (§ 280 BGB.). In vielen Fällen wird unbilliges Resultat durch § 249 BGB. vermieden[62]. Durch § 281 wird aber dem Schuldner immer die Spekulation unterbunden. Nur muß man noch einen Schritt weitergehen als Kipp und bei gegenseitigen Verträgen den § 325 BGB. vollständig zur Anwendung bringen. Der Käufer ist also, wenn der Verkäufer nach der Konzentration über die Ware anderweitig verfügt, auch zum Rücktritt berechtigt. Es läßt sich das auch mit dem Billigkeitsgefühl vereinigen, denn wenn der Schuldner sich durch anderweitige Verfügung über die Ware

---

62) Daher wird es niemals zu einer besonderen Haftung kommen, wenn der Verkäufer das abgezählte Schock Eier nicht getrennt von dem übrigen Eiervorrat aufbewahrt, oder bei Geldschulden, wenn der Schuldner, der dem Gläubiger die Zahlung fruchtlos angeboten hat, das abgezählte Geld wieder zu dem übrigen tut. — Unter Umständen kann auch eine vertragsmäßige Wiederaufhebung der Konzentration stattfinden. So in dem vom Reichsgericht (Urt. des II. Zivilsen. v. 8. Nov. 1904, mitgeteilt im alten SächsArch. 15, 60—63) entschiedenen Falle. Die Verkäuferin hatte bei einem Successivlieferungsvertrag über Benzin am 30. Aug. und 5. Sept. 1902 ausgeschiedene Ware angeboten und sich auf die Beanstandung von seiten des Käufers bereit erklärt, das Benzin zurückzunehmen und anderes zu liefern. Ob ein Mangel im Sinne des § 460 BGB. vorlag, war nicht festgestellt. Die Verkäuferin behauptete in „geschäftlicher Kulanz" gehandelt zu haben. Das Reichsgericht bemerkt dazu: „Die Rücknahme der gesendeten Waren durch die Verkäuferin in Verbindung mit deren Erklärung, Ersatzware zu liefern, hatte jedenfalls die rechtliche Bedeutung, daß die erfolgten, aber zurückgenommenen Leistungen unabhängig davon, ob sie dem § 243 BGB. entsprachen oder nicht, wenigstens für die Zukunft wegfielen, und daß die Gattungsschuld als solche im früheren Umfange wieder auflebte."

von seiner Vertragspflicht lossagt, so ist nicht einzusehen, warum der Gläubiger noch gebunden sein soll.

Schwierigkeiten bereiten für die Konzentrationslehre die Gewährleistungsgrundsätze für Mängel beim Kauf. Seinen durch den Kauf begründeten Pflichten ist der Verkäufer vollständig nur nachgekommen, wenn er den Kaufgegenstand dem Käufer frei von Mängeln im Rechte und Mängeln in der Sache verschafft hat. Es handelt sich nun um das Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zur Erfüllungspflicht des Verkäufers, welches auch die Konzentrationslehre beeinflußt. Notwendige Voraussetzung aller Gewährleistungsansprüche bildet, daß der Kauf wenigstens teilweise vom Verkäufer vollzogen ist[63]), und daraus ist dann der Schluß gezogen worden, daß mit einer mit Rechts- und Sachmängeln behafteten Ware nicht nur erfüllt werden kann, sondern daß eine solche Erfüllung sogar angenommen werden muß.

a) Was Rechtsmängel[64]) anlangt, so liegt immer eine teilweise oder totale Nichterfüllung des Vertrages vor, wenn der Verkäufer nach § 433 BGB. dem Käufer das Eigentum an der Ware nicht oder nicht lastenfrei (§ 434) verschaffen kann. Auch nach Annahme der Ware von seiten des Käufers ist die Gewährleistungspflicht wegen Rechtsmängel Erfüllungspflicht, was sich aus § 440 BGB. unzweideutig ergibt und von Schloßmann[65]) nicht widerlegt ist. Daraus folgt, daß, wenn der Verkäufer mit Rechtsmängeln behaftete Gattungs-

---

63) Vergl. Staudinger-Kober II (2) S. 65 (Vorbemerkung zu § 459 ff.); Düringer-Hachenburg 3, 111. Abweichend für Sachmängel: Schollmeyer, IheringsJ. 49, 95. Darüber unten S. 223 f.

64) Soweit ich sehe, ist das Verhältnis der Konzentrationslehre zu der Haftung für Rechtsmängel beim Gattungskauf in der Literatur bisher nur einmal, nämlich bei Kipp (Windscheid 2, 682) behandelt, auf dessen abweichende Darstellung hiermit verwiesen wird.

65) Schloßmann, IheringsJ. 45 S. 115, 116.

ware dem Käufer übergibt oder anbietet, er mit solcher Ware die Konzentration nicht herbeiführen kann. Kennt der Käufer beim Abschluß des Kaufes den Mangel im Rechte, so hat nach § 439 Abs. 1 der Verkäufer für einen solchen Mangel nicht aufzukommen. Diese Vorschrift kann für den Gattungskauf, da die Konkretisierung und damit die Feststellung des geschuldeten Kaufobjekts erst nach dem Vertragsschlusse eintritt, nur bei Käufen aus einem Kollektivum in Betracht kommen, wenn das ganze Kollektivum beim Vertragsschlusse mit dem Käufer bekannten fremden Rechten, z. B. mit einem Pfandrechte, belastet ist. Soweit insofern § 439 Abs. 1 BGB. Platz greift, ist eine nach § 434 mit Rechten Dritter belastete Gattungsware erfüllungsgeeignet, und kann sich die Konkretisierung nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach § 243 Abs. 2 vollziehen.

b) Beim Vorliegen von Sachmängeln kann der Käufer nach § 480 BGB. Lieferung einer mangelfreien Sache vom Verkäufer begehren; Entsprechendes gilt für Schenkung und Vermächtnis, §§ 524, 2183. Die §§ 243 Abs. 1 und 459 ff. schließen einander nicht aus. Es ist sehr wohl möglich, daß die Gattungsware von mittlerer Art und Güte und doch mit einem Sachmangel behaftet ist[66]). Man nehme an, eine Genfer Uhrenfabrik liefert eine goldene Uhr aus ihren mittleren Qualitäten, gerade an dieser Uhr ist die Feder nicht in Ordnung. Oder das Beispiel Schröders[67]): Es ist eine mittlere Sorte Rheinwein geliefert, die Flasche schmeckt nach dem Kork. Kann die Ware trotz Sachmängel im Sinne des § 459 doch mittlerer Art und Güte sein, so besteht auch die Konzentrationsmöglichkeit nach § 243 Abs. 2. Denn der Schuldner soll nur das

66) Schollmeyer, IheringsJ. 49, 100 f., entgegengesetzt: Planck § 480 Erl. 1.

67) J. U. Schröder, Gewährleistung für Sachmängel (1903) 90.

zur Leistung einer solchen Sache ihm Obliegende tun. Und ebenso kann die Konzentration durch Untergang der anderen Gattungssachen oder durch Vertrag auf die mangelhafte Ware gerichtet sein. Nach Eintritt der Konzentration wäre also die Rechtslage so, wie wenn eine mangelhafte Speziessache aus dem Kaufe geschuldet wird. Kann der Käufer jetzt noch eine mangelfreie Sache an Stelle der fehlerhaften verlangen [68]? Denn nur beim Gattungskauf, nicht bei der Speziesobligation ist dem Käufer diese Befugnis eingeräumt. Verneinendenfalls wäre der § 480 auf Tatbestände beschränkt, wo beim Gattungskauf unmittelbar aus der Gattung erfüllt wird. Ein so beschränktes Anwendungsgebiet des § 480 BGB. ist nicht anzunehmen. Die Mängelrechte, wie sie der § 480 in vierfacher Auswahl dem Käufer zur Verfügung stellt, haben teils Spezies-, teils Genuscharakter. Wenn wir von der Wandlung, die für alle Kaufarten gegeben ist, absehen, so hat der auf eine mangelfreie Sache gerichtete Nachlieferungsanspruch offenbar Gattungscharakter, während die Minderungsklage sowie der Schadensersatzanspruch von einer Spezialisierung auf bestimmte Objekte ausgehen (vergl. oben S. 169). Wie diese Speziesgrundsätze nun selbst dann Platz greifen, wenn unmittelbar aus der Gattung erfüllt wird, so muß umgekehrt der Nachlieferungsanspruch auch bleiben, wenn bereits vorher die Konzentration eingetreten ist. Die Konzentration wirkt bei der Gattungsschuld — im Gegensatz zur Ausübung des Wahlrechts bei der Alternativobligation, § 263 Abs. 2 — niemals zurück, sie läßt zwar nunmehr nur bestimmte Einzelobjekte geschuldet werden, sie löscht aber nicht rückdatierend die Gattungsnatur der Schuld aus. Insofern ist und bleibt es etwas anderes, ob von vornherein ein Spezieskauf bestand oder ein Gattungskauf auf be-

68) Abgesehen von dem nicht in Betracht kommenden Fall, daß die Konzentration durch Untergang der übrigen Gattungsobjekte erfolgt ist.

stimmte Sachen konkretisiert worden ist. Und als eine solche Nachwirkung des ursprünglichen Gattungscharakters ist der Nachlieferungsanspruch aus § 480 zu betrachten.

Bisher ist stillschweigend der Nachlieferungsanspruch aus § 480 als ein wirkliches Mängelrecht behandelt [69]). Meist wird er für einen Erfüllungsanspruch angesehen [70]). Der § 480 schlichtet die gemeinrechtliche Streitfrage, ob bei Gattungskäufen die ädilitischen Rechtsmittel Anwendung finden, oder ob der Käufer sich auf den Standpunkt stellen mußte, ihm sei noch gar nicht geliefert und er habe nur nach wie vor Erfüllung in fehlerloser Ware zu fordern. Er schlichtet diese Streitfrage, indem er beides, die gewöhnlichen Mängelrechte und den Nachlieferungsanspruch, wahlweise gewährt. Nach der ganzen Fassung des Gesetzes ist aber der Nachlieferungsanspruch den Mängelrechten nicht koordiniert, sondern ihrer Kategorie eingereiht. Er unterliegt ihrer kurzen Verjährung. Er ist im einzelnen als eine Art Wandlungsanspruch konstruiert. Daher hat das Gesetz, welches beim Viehkauf nur Wandlung als Mängelrecht kennt, für Viehgattungskäufe im § 491 auch den Nachlieferungsanspruch aufgenommen. Beim Nachlieferungsanspruch aus §§ 480 und 491 geht, wie bei der richtigen Wandlung, die vom Käufer empfangene Ware wieder an den Verkäufer zurück, nur daß an Stelle der Rückzahlung des Kaufpreises Neulieferung fehlerloser Ware verlangt wird. Schon die ausdrückliche Heranziehung der §§ 464 ff. im § 480 schließt es für das heutige Recht einfach aus, den Nachlieferungsanspruch für einen Erfüllungsanspruch zu erklären. Während im gemeinen Recht Windscheid und die übrigen Gegner

69) So auch Schollmeyer, IheringsJ. 49 S. 99, 102; Endemann, BR. Bd. 1 § 161a Note 62.

70) Motive 2, 242; RG. 58, 204; Planck § 480 Erl. 1; Rehbein 2, S. 81; Oertmann § 480 Erl. 2.

ädilitischer Rechtsbehelfe beim Gattungskauf den Anspruch auf fehlerlose Ware damit begründeten, es sei fehlerlose Ware stillschweigend bedungen, und es sei daher die Lieferung mangelhafter Gattungsware Lieferung eines aliud pro alio, welche nur durch datio in solutum Tilgungswirkung erlangen könne [71]), verstieße heute eine solche Konstruktion des Nachlieferungsanspruchs wider das Gesetz. Mit der mangelhaften Gattungsware kann, soweit sie nur mittlerer (§ 243 Abs. 1 BGB., § 360 HGB.) oder näher vereinbarter Art und Güte ist, erfüllt werden. Vorbehaltlose Annahme derselben in Kenntnis des Mangels schließt den Nachlieferungsanspruch aus. Wie man aber die vorbehaltlose Annahme der Ware nach § 464 beim Spezieskauf bisher niemals als eine datio in solutum aufgefaßt hat, bei welcher die auf den irrealen mangelfreien Gegenstand gerichtete Schuld durch Lieferung der realen mangelhaften Sache vereinbarungsmäßig getilgt wird, so gilt Entsprechendes auch für den Gattungskauf. Die vorbehaltlose Annahme im Sinne der §§ 341, 464 ist überhaupt kein Vertrag, nicht einmal ein rechtsgeschäftlicher Verzicht [72]), sondern eine Rechtshandlung [73]). Nimmt der Käufer unter Vorbehalt seiner Mängelrechte die Kaufsache an oder stellen sich nachträglich innerhalb der Verjährungsfrist die Mängel heraus, so ist dem Verkäufer nicht das Recht gegeben, der vom Käufer gewählten Wandlung oder Minderung gegenüber sich zur Lieferung einer mangelfreien Sache zu erbieten [74]). Ein solches Er-

---

71) Windscheid Bd. 2 § 394 Note 21.

72) Vergl. RG. 53, 358; 58, 261.

73) Neumann, Handbuch des BGB.⁴ Bd. 1, Vorbemerkung zu §§ 104 ff. Note 4 c β.

74) So auf Grund der Materialien (Motive 2, 242; Protokolle 1, 715 ff.) Dernburg, BR. II (2) § 188 Note 3; Endemann, BR. 1, 1000; Goldmann-Lilienthal 1, 508 Note 1. — Unter Umständen lassen eine Nachlieferung wider den Willen des Käufers zu: Planck § 480 Erl. 4; Oertmann Erl. 2 a. E.

bieten müßte aber zulässig sein, wenn der Nachlieferungsanspruch reiner Erfüllungsanspruch wäre und in der ersten Lieferung die Lieferung eines aliud pro alio läge.

Ist die gelieferte Sache jedoch von geringerer Qualität, als vereinbart oder nach § 243 Abs. 1 BGB., § 360 HGB. zulässig ist, dann ist keine Erfüllung, sondern nur Leistung an Erfüllungs Statt möglich, mag das Gelieferte mangelhaft oder mangelfrei sein. Solange eine Einigung nicht erzielt ist, besteht die alte Erfüllungspflicht; das Gelieferte charakterisiert sich als eine Zusendung unbestellter Ware, mit der Offerte, sie als datio in solutum auf die bestehende Schuld anzunehmen. Solange diese Offerte nicht stillschweigend oder ausdrücklich angenommen ist, besteht auch hier ein Nachlieferungsanspruch weiter. Dieser Nachlieferungsanspruch ist grundverschieden von dem des § 480 BGB. Es ist ein reiner Erfüllungsanspruch, er unterliegt nicht der kurzen Verjährung der Mängelrechte. Auch der Schuldner kann sich auf Grund dieser Nachlieferungspflicht einseitig erbieten, dem Gläubiger vertragmäßige Ware zu liefern, selbst wenn der Gläubiger die erste Lieferung unter Minderung des Kaufpreises behalten wollte. Der Gläubiger kommt in Gläubigerverzug, wenn er die Nachlieferung nicht annimmt, und andererseits wird durch die erste Lieferung, da sie nicht zur Erfüllung befähigt, auch nach ihrer Annahme der Schuldnerverzug nicht ausgeschlossen. Durch vorbehaltlose Annahme der ersten Leistung ist die Schuld nach § 464 nicht getilgt, es greift vielmehr nur § 363 ein, den Gläubiger trifft die Beweislast, daß er anderes erhalten hat, als worauf ihm sein Nachlieferungsanspruch verblieben ist[75]. Wird Nachliefe-

---

[75]) Ob man die Beweislastverteilung des § 363 auch beim Vorliegen von Qualitätsmängeln zu Grunde legen will (vergl. § 462 BGB. und dazu RG. 57, 399 f.; Dernburg, BR. Bd. 2 § 184 V; Endemann, BR. 1, 992 einerseits, Planck § 462 Erl. 1; Cosack, BR. Bd. 1 § 127 VII

rung verlangt, so ist zwar auch das vom Gläubiger Empfangene Zug um Zug zurückzugeben, aber nicht auf Grund der §§ 480, 467 S. 1, 348, 320, sondern nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung und auf Grund des § 273 direkt, und auch dies nur auf Grund der freien Auslegung, welche die Einrede des Zurückbehaltungsrechts in Theorie und Praxis stets gefunden hat [76]).

Ueber beide Arten des Nachlieferungsanspruchs herrscht noch viel Unklarheit. Meist werden sie zusammengeworfen [77]). So heißt es bei G. Rümelin a. a. O.: „Daß der Käufer ein Recht auf die mangelfreie Sache hat, ist selbstverständlich und braucht nicht besonders gesagt zu werden. Man denke nur an den Fall, daß der Verkäufer etwas ganz anderes, z. B. statt des generisch gekauften Pferdes einen Esel geliefert hat. Nicht selbstverständlich ist dagegen, daß der Käufer die ädilitischen Klagen hat, und das mußte den Inhalt des Gesetzesbefehls bilden." Hat (wenn wir, um den besonderen Vorschriften über die Gewährleistung beim Viehkaufe auszuweichen, das Beispiel so stellen) der Schuldner statt der geschuldeten Gans eine Ente geliefert, so greifen weder der in 6 Monaten verjährende Nachlieferungsanspruch des § 480 BGB. noch die dortigen übrigen Mängelrechte ein. Oder sollte etwa der Käufer wegen der ge-

---

andererseits), ist eine Frage für sich. Uns interessiert nur der Gegensatz der Annahme einer mangelhaften, aber geschuldeten Sache und der Annahme eines aliud pro alio, wenn in beiden Fällen kein Vorbehalt vom Gläubiger gemacht wird und ihm die Beschaffenheit der Ware bekannt ist. In der vorbehaltlosen Entgegennahme eines aliud pro alio durch den Gläubiger braucht nicht immer seine Einwilligung in die datio in solutum zu liegen.

76) Vergl. RG. 14, 238; 57, 7; ferner besonders Bolze, ArchCivPrax. 76, 233 ff., sowie die Kommentare und Lehrbücher des bürgerlichen Rechts über die Auslegung der Worte „aus demselben rechtlichen Verhältnis" in § 273 BGB.

77) z. B. bei Düringer-Hachenburg 3, 81; G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag 78.

lieferten Ente mindern können? Oben S. 216 ist die Abgrenzung sogar dahin gegeben, daß schon Ware aus derselben Gattung, wenn sie in anderer Qualität, als bedungen oder gesetzmäßig vorgeschrieben ist, geliefert wurde, die Leistung eines aliud pro alio enthält. Um so mehr muß die Anwendung des § 480 da versagen, wo sich die abweichende Beschaffenheit der gelieferten von der bedungenen Ware nicht als Qualitätsmangel herausstellt. So kommt es in der Praxis häufig vor, daß anstatt Winterkorns (Weizen, Roggen) die entsprechende Art Sommerkorn geliefert wird. Es handelt sich dabei um zwei verschiedene Saatarten, welche zwar ein gleiches Aussehen besitzen und nur von Sachverständigen unterschieden werden können, welche aber schon wegen ihrer Verschiedenheit im Wachstum und Ernteausfall im Verkehr gänzlich auseinandergehalten werden. Es ist nun, wenn ein reiner Genuskauf in Winterkorn abgeschlossen und Sommerkorn geliefert ist, in einer solchen Lieferung weder eine Ware, welcher zugesicherte Eigenschaften fehlen [78]), noch eine solche, welche mit Sachmängeln behaftet ist [79]), zu erblicken. Bei beschränkt generischen Obligationen, d. h. wenn der Besitz eines bestimmten Vorrats nicht bloß Anlaß für den Verkäufer bot, den Vertrag abzuschließen, sondern wenn parteiabredemäßig aus einem bestimmten Quantum geliefert werden sollte, liegt die Sache anders. Hier treten ausnahmsweise die Rechtsnormen der Genusschuld vor denen der Speziesschuld zurück, und man kann allerdings sagen, daß dem konkreten Vorrat die zugesicherte Eigenschaft fehlt. — Im übrigen kann allerdings die Grenzziehung zwischen den Fällen, in welchen die Ware an Qualitätsmängeln leidet, und denen,

78) So OLG. Rostock (Rechtsprechung 8, 67).

79) So OLG. Posen (Rechtsprechung 8, 68), richtig dagegen OLG. Marienwerder (Rechtsprechung 8, 70) und aus früherem Recht: ROHG. 7, 410; 24, 406.

in welchen die Ware eine andere ist, als bedungen, Schwierigkeiten bereiten, und wegen dieser Schwierigkeiten ist die Vorschrift des § 377 HGB. neu geschaffen. Aber die in den §§ 377, 378 HGB. verordnete Gleichstellung beider Gruppen betrifft nur die Rügepflicht. Ist ordnungsmäßig gerügt, so greifen nach dem Gesetzes wortlaut offenbar wieder gesondert hier die alte Erfüllungspflicht, dort die Mängelrechte Platz[80]). Mag man, von dem Geiste des Gesetzes ausgehend (vergl. Denkschrift zum HGB. 243), zu einer ausdehnenden Auslegung neigen und mit Staub[81]) die kurze Verjährung der Mängelrechte auch beim Vorliegen des § 378 HGB. befürworten, so muß es sich doch immer um ein zweiseitiges Handelsgeschäft handeln. Viel zu weit geht daher das OLG. Hamburg (Rechtsprechung 10, 341 ff.), welches die kurze Verjährung der Mängelrechte auch bei Lieferung eines aliud pro alio dann anwenden will, wenn der Kauf nur für einen oder gar für keinen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist. Das wird mit folgendem Satze begründet: „Das BGB. und das neue HGB. sind als ein einheitliches Gesetzgebungswerk zu behandeln. Es würde eine Inkongruenz vorliegen, wenn die Gesetzgebung die Unterscheidung, welche sie für das HGB. als sachlich unbegründet beseitigt hat, bei § 477 BGB. als berechtigt hätte fortbestehen lassen wollen" (!).

Kehren wir zu dem Nachlieferungsanspruch aus § 480 zurück. Aus der Konstruktion dieses Anspruchs als eines Mängelrechts ergeben sich praktische Konsequenzen. Hat sich der Käufer in wirksamer Weise für diesen Nachlieferungsanspruch entschieden, so kann, wenn nun der Verkäufer mit der Nachlieferung im Verzuge ist, § 326 nicht Anwendung finden[82]).

80) Vergl. Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. Bd. 2 § 378 Note 7, und Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 378 Note III Ziff. 1 a. E.

81) Staub, Kommentar z. HGB. Bd. 2 § 378 Note 5.

82) Abweichend das Reichsgericht in dem Note 62 mitgeteilten

Denn die Gewährleistungsansprüche und der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises stehen nicht in dem nach § 326 BGB. vorausgesetzten Synallagma. Aus demselben Grunde sind, wie bereits Schollmeyer (a. a. O. 102) bemerkt hat, die Verzugsgrundsätze des § 326 ausgeschlossen, wenn der Verkäufer auch das zweite Mal fehlerhaft lieferte. Schollmeyer will letzterenfalls dem Käufer auch die Ansprüche auf Wandlung und Minderung versagen; denn sie seien bereits mit der bindenden Entscheidung für die Lieferung einer fehlerfreien Sache konsumiert. Das hat viel für sich. Trotzdem möchte ich anders entscheiden. Wenn der Käufer nunmehr Wandlung und Minderung begehrt, so tut er es doch nicht wegen der ersten mangelhaften Lieferung, für die ein jus variandi allerdings ausgeschlossen ist, sondern wegen der zweiten. Als besonderes Mängelrecht war nach der ersten mangelhaften Lieferung dem Käufer von neuem ein Anspruch auf Gattungsware gegeben. Die Konzentration wird nachträglich wieder aufgehoben. Von neuem tritt eine allgemeinere Haftung des Schuldners nach § 279 ein. Und von neuem sind die verschiedenen Konzentrationsmöglichkeiten gegeben. Der Nachlieferungsanspruch geht zwar auf Verschaffung fehlerfreier Ware, aber auch das zweite Mal kann der Verkäufer wieder mit mangelhafter (vielleicht mit einem anderen Fehler als das erste Mal behafteter) Ware [83]) erfüllen, und es stehen alsdann wiederum dem Käufer die vier Mängelrechte aus § 480, verjährend nach § 477 von der zweiten Ablieferung an, zu [84]).

Erkenntnis. Noch weiter geht das Urteil desselben Senats vom 4. Nov. 1904 in Seuff. Archiv Bd. 60 Nr. 185. Das Verlangen einer mangelfreien Sache nach § 480 bis zu einem bestimmten Tage enthält bereits eine Fristsetzung nach § 326 BGB.

83) Mit der bei Note 66 und 67 oben gemachten Einschränkung.

84) Zu demselben Resultate gelangt Kipp bei Windscheid 2, 412, stützt sich jedoch dabei auf § 475. Meines Erachtens ist die „entsprechende"

Mit der Subsumption des besonderen Nachlieferungsanspruchs aus § 480 unter die Sachmängelrechte ist jedoch das Verhältnis dieses Anspruchs zu dem Erfüllungsanspruch noch nicht geklärt. Die ganze Streitfrage ist nur auf breitere Grundlage gestellt. Es handelt sich nämlich hier, wie oben S. 211 bei den Rechtsmängeln, um die Beziehungen des Erfüllungsanspruchs zu den Gewährleistungsansprüchen überhaupt. Da stehen sich nun zwei Ansichten schroff gegenüber. Nach der einen Meinung wird es beim Genus- wie beim Spezieskauf für eine Vertragserfüllungspflicht erklärt, daß eine mangelfreie Sache geliefert werde[85]). Damit würden sich die Sachmängelrechte ohne weiteres dem Erfüllungsanspruch unterordnen. Demgegenüber hat neuerdings Schollmeyer[86]) in verdienstvoller Weise die selbständige Stellung der Mängelrechte betont. Unter Beschränkung auf den Kauf führt Schollmeyer aus: Erfüllungsanspruch und Mängelrechte hätten nur das eine gemeinsam, daß sie ein gültiges Kaufgeschäft voraussetzten, sonst sei wohl so alles in ihrem Wesen verschieden. Auf Erfüllung könne geklagt werden, bei Gewährleistung wegen Sachmängel träten andere Rechte ein (§§ 462, 463, 480, 487, 491). Ein Satz, daß auf Leistung von allem, wegen dessen der Schuldner

---

Anwendung des § 475 in § 480 anders auszulegen. Stellt sich bei der ersten Lieferung, nachdem wegen eines Mangels bereits eine Minderung erfolgt ist, noch ein anderer Mangel heraus, so ist der Nachlieferungsanspruch nicht ausgeschlossen. Natürlich ist dann bei der zweiten fehlerhaften Lieferung § 475 wieder „entsprechend" anwendbar.

85) Dernburg, BR. Bd. 2 § 185 I und in der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 4; Düringer-Hachenburg 3 S. 73, 81; Endemann, BR. Bd. 1 § 161 Note 31; Schöller bei Gruchot 46, 19 ff.; Titze, Unmöglichkeit 274; Kisch, Unmöglichkeit 193 ff.

86) Schollmeyer in JheringsJ. 49, 93—120. Auch vorher bereits finden sich Zweifel, ob zur Erfüllungspflicht das Verschaffen mangelfreier Ware gehöre, bei: Crome, System Bd. 2 § 220 Note 4; J. U. Schröder, a. a. O. 1 ff.

gewährleistungspflichtig ist, also auf Beseitigung der vorhandenen Mängel und Verschaffung der zugesicherteu Eigenschaften geklagt werden könne, wäre unrichtig. Zu erfüllen wäre lediglich mit der mangelhaften Sache. Der Schuldner, welcher die mangelhafte Sache anbiete, käme niemals in Schuldnerverzug, vielmehr käme der Gläubiger in Annahmeverzug, wenn er die Empfangnahme der Ware ihrer Mängel wegen verweigere. Auch wenn eine Eigenschaft zugesichert sei, genüge der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht, wenn er die Kaufsache ohne die zugesicherte Eigenschaft leiste. § 326 BGB. finde keine Anwendung. Auch könne wegen Mängel und wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften vom Käufer niemals die Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend gemacht werden.

Die Rechtsprechung hat meines Wissens bisher noch nicht zu der Schollmeyerschen Ansicht Stellung genommen. Unter den Bearbeitungen des Schuldrechts ist sie bis jetzt nur bei Oertmann in der zweiten Auflage seines Kommentars eingehend berücksichtigt. Oertmann tritt für den Spezieskauf der Schollmeyerschen Auffassung bei, lehnt sie aber für den Gattungskauf ab, da er dem Nachlieferungsanspruch den Charakter eines Mängelrechts abspricht. Obwohl Oertmann damit im Prinzipe der neuen Mängelrechtstheorie weit entgegenkommt, schließt er sie für die praktisch wichtigsten Fälle aus. Es erscheint aber fraglich, ob man der Schollmeyerschen Theorie auch für den Spezieskauf in allen Punkten folgen kann. Zuzugeben ist von vornherein, daß die Konsequenzen von Schollmeyer in scharfsinniger Weise überall bis zum letzten Ende gezogen sind. Das Berechtigte in der Schollmeyerschen Theorie ist oben bereits anerkannt. Die mangelhafte Ware ist erfüllungsgeeignet; wird sie angenommen, so ist weder ein aliud pro alio geleistet, noch ist teilweise geleistet, es ist eben vollständig aber mangelhaft geleistet. Kann aber

auch die Erfüllung mit ihr erzwungen werden? Es ist nur folgerichtig, wenn Schollmeyer diese Frage bejaht. Schwerlich wird ihm die Praxis hierin jemals folgen. Dann müßte der Käufer die ihm zugeführte kranke Kuh annehmen, um nicht in Gläubigerverzug zu geraten, dann müßte in Befolgung desselben Grundsatzes der Schuldner bei der Gattungsschuld die Annahme der von ihm ausgeschiedenen mangelhaften Gattungsware durchsetzen können, dafern die Ware nur mittlerer oder näher vereinbarter Art und Güte ist. Solche Resultate sind zu widersinnig, als daß man ihre Befürwortung bei Schollmeyer voraussetzen könnte. In der Tat sucht er sie zu vermeiden. Aber die Wege, welche die herrschende Lehre einschlägt, erscheinen einfacher als die von Schollmeyer gewiesenen. Die herrschende Meinung lehrt, der Gläubiger braucht sich eine mangelhafte Sache wider seinen Willen niemals aufdrängen zu lassen. Soweit für Mängel und zugesicherte Eigenschaften gehaftet wird, kommt der Schuldner in Verzug, wenn er auf die Mahnung des Gläubigers die Ware beim Spezieskauf nicht mangelfrei oder mit den zugesicherten Eigenschaften zu verschaffen vermag. Die Vorschrift des § 326 BGB. trägt alsdann den Interessen des Käufers in weitgehendem Maße Rechnung. Dazu haben wir noch für den Gattungskauf zu bemerken: Zwar bestände an sich die Konzentrationsmöglichkeit nach § 243 Abs. 2, auch wenn die ausgeschiedene Ware mangelhaft ist, es kann dann aber diese ausgeschiedene Gattungsware eben nicht besser behandelt werden als mangelhafte Speziesware in gleichem Falle. Da Erfüllung mit ihr nicht erzwungen und Annahmeverzug des Gläubigers durch ihr Angebot nicht erzielt werden kann, so ist die Konzentration wider den ausdrücklichen Willen des Gläubigers praktisch ausgeschlossen. Schollmeyer will dagegen den unbilligen Kon-

sequenzen des Gläubigerverzuges dadurch ausweichen, daß er die Mängelrechte bereits mit dem Kaufabschlusse zur Entstehung gelangen läßt, so daß der Käufer dem Drängen des Verkäufers auf Empfangnahme der Ware mit dem Wandlungsanspruch begegnen kann. Selbst wenn dies richtig ist, so gestaltet sich die Lage des Käufers hier schlechter als bei der herrschenden Lehre. Denn ein Schuldnerverzug ist, mögen die Mängel noch so erheblich sein, für den Verkäufer stets ausgeschlossen. Und sollte der Käufer sich nicht für Wandlung, sondern für Minderung oder für Schadensersatz nach § 463 BGB. entscheiden, so steht die zurückgewiesene mangelhafte Ware auf seine Gefahr (§ 300). Auch ist der Schadensersatz nach § 463 BGB., wenn wir den überzeugenden Ausführungen Kipps[87]) folgen, ein Minderes gegenüber dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 326. Es ist aber zweifelhaft, ob die Mängelrechte bereits mit dem Vertragsschlusse entstehen[88]). Ein praktisches Bedürfnis besteht nicht, da sich mit den Verzugsgrundsätzen nach §§ 286, 326 BGB. und der Einrede des nichterfüllten Vertrages sehr wohl auskommen läßt[89]). Dernburg[90]) nimmt

---

87) Kipp in den Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages 1, 288 gegen Reichsgericht 52, 355 ff.

88) Bereits mit dem Vertragsschlusse lassen die Mängelrechte zur Entstehung gelangen, sofern es sich um dauernde Mängel handelt, welche auch zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sein würden, außer Schollmeyer: Crome, System 2, 459; Oertmann § 459 Erl. 3. Dagegen die herrschende Lehre: z. B. Reichsgericht 58, 72 ff.; Dernburg, BR. II (2) § 185 I; Düringer-Hachenburg 3 S. 73, 81 f.; Staudinger-Kober, Vorbem. zu §§ 459 ff. S. 65.

89) Nur wenn eine Pränumerandozahlung des Kaufpreises bedungen ist, könnte man bei dauernden Sachmängeln gegenüber der Kaufgeldforderung die Wandlungseinrede vermissen. Hier wird meistens die Anfechtung des ganzen Geschäfts wegen Irrtums und Betruges möglich sein. Denn selbst wenn man der bedenklichen Entscheidung des Reichsgerichts (61, 171)

an, daß die Gewährschaftsklagen dem Käufer erst in dem Augenblicke erwachsen, in welchem die Gefahr der Kaufsache auf ihn übergeht. Das ist wohl nicht ganz genau. Meines Erachtens ist der Zeitpunkt der Entstehung der Mängelrechte aus § 477 abzuleiten. Es besteht kein Grund, daran zu zweifeln, daß diese Verjährungsvorschrift sich im Einklang mit der allgemeinen Bestimmung des § 198 BGB. befindet, wonach die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt. Das läßt sich sehr wohl vereinigen mit den Erwägungen der Protokolle (1, 702), wonach der Beginn der Verjährung bei Mängeln beweglicher Sachen deshalb an den Zeitpunkt der Ablieferung geknüpft wurde, weil dem Käufer in diesem Augenblick die Möglichkeit gegeben sei, die Sache zu untersuchen und etwaige Mängel zu entdecken. Sind aber vorher die Mängelrechte gar nicht entstanden und hat der Gesetzgeber ihre frühere Entstehung deshalb ausgeschlossen, weil der Käufer in den meisten Fällen doch nicht in der Lage ist, in einem früheren Zeitpunkt das Vorhandensein, besonders aber den für die Minderung des Kaufpreises in Betracht kommenden Umfang des konkreten Fehlers festzustellen, so mußten eben die oben angedeuteten Rechtsbehelfe dem Käufer vor Ablieferung der mangelhaften Ware gegeben werden.

Auch ist der Bogen von Schollmeyer sicher zu straff

---

folgt, wird man die Anfechtung wegen Irrtums und Betruges Platz greifen lassen, da die Anfechtungsnormen hier nicht neben dem Wandlungsanspruch gegeben sind (RG., a. a. O. 175). Soweit die Mängel nicht verkehrswesentliche Eigenschaften (im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB.) der Kaufsache berühren, muß der Käufer auf Grund der Unmöglichkeitsnormen, welche hier ebenfalls um so unbedenklicher angewandt werden können, da sie mit Mängelrechten nicht konkurrieren, die Abweisung der Kaufgeldforderung erreichen.

90) Dernburg, BR. Bd. 2 § 185 I.

gespannt, wenn er ausspricht, daß der Verkäufer selbst bei besonderer Zusicherung der Mängelfreiheit oder bestimmter Eigenschaften seiner Erfüllungspflicht genügt, sobald er die Kaufsache nun doch so, wie sie ist, also etwa mit Fehlern behaftet und ohne die zugesicherten Eigenschaften, leistet[91]). Das wäre ein jus cogens gegenüber dem ausdrücklichen Parteiwillen, falls der Käufer eine solche Sache annehmen müßte. Auch im gemeinen Rechte hat man, soweit man beim Gattungskauf fehlerlose Ware als zugesichert annahm, hierin eine Erfüllungspflicht erblickt[92]). In jedem Falle wäre eine solche Behandlung ausdrücklicher Vertragszusicherungen, wie Schollmeyer sie konstruiert, ein jus singulare des Kaufmängelrechts, welches wohl einen klareren Ausdruck im Gesetze hätte finden müssen.

V.

Nach den bisherigen Erörterungen über Wesen und Bedeutung der Konzentration wenden wir uns nunmehr der Gefahrtragung bei Gattungsschulden zu. „Gefahr" und „Gefährdung" spielen eine große Rolle auf dem ganzen Gebiete der Rechtswissenschaft. Aus der Gefährdung oder Nichtgefährdung rechtlich geschützter Güter hat man im Strafrechte die Strafbarkeit des Versuchs im allgemeinen und die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs im einzelnen zu rechtfertigen unternommen. Aus der Gefährdungshaftung hat man im Zivilrechte das leitende Prinzip der Schadenszurechnung gemacht. Aber auch sonst erfreut sich der Gefahrbegriff im Zivilrecht einer großen Beliebtheit, ein Umstand, welcher sich direkt auf

91) Zweifelnd hier auch Oertmann 325 (§ 433 Erl. 2 γγ).
92) Windscheid Bd. 2 § 394 bei Note 21.

die Gesetzesterminologie zurückführen läßt. Gefahr[93]) kann man allgemein definieren als den drohenden Nachteil, den hypothetischen Schaden. Diese Definition gibt insofern den Inhalt des Wortes nicht ganz wieder, als sie Hauptwort und Eigenschaftswort umkehrt. Nicht das Uebel bildet das Wesen der Gefahr, als vielmehr das Mögliche, Wahrscheinliche, Drohende eines Uebels, die Chance im bösen Sinne. Da unter den Kaufobjekten gerade die Sachgüter der Möglichkeit eines Unterganges unterworfen sind, so findet sich „Gefahr" und „Gefahrtragung" gerade bei den Sachobligationen. Das entspricht dem römischen periculum. Wie der casus im Sinne der Quellen ein Sachsubstrat voraussetzte[94]), so bezieht sich das periculum casus nicht nur im Sachenrechte (periculum rei) sondern auch im Schuldrechte (periculum obligationis) nur auf eine Sache. „In der locatio c. operarum gibt es keinen Kasus, kein dominium, kein periculum casus"[95]).

---

93) Aus dem reichen in Grimms Wörterbuch gesammelten Material entnehmen wir: Gefahr bedeutet ursprünglich feindliche Nachstellung, das Auflauern, den Ueberfall (in Krieg und Jagd). Dann bezeichnet das Wort die bedrohte Lage des Betroffenen, so auch im Rechts- und Handelsverkehr in Bezug auf die Kaufsache. Hier „verdünnt" sich der Begriff nach Gebr. Grimm „bis zur unangenehmen, unwillkommenen Möglichkeit". Umgekehrt werde aber das Wort auch noch in der älteren stärkeren Bedeutung gebraucht, z. B. in „drohender Gefahr", „wo nicht eine bloße Möglichkeit, sondern ein wirklicher Schade das Drohende oder Gedrohete ist". — Nach Grabenwitz Wortverzeichnis zum BGB. findet sich „Gefahr" in 47 Paragraphen des BGB., davon allein 16mal in der Wiedergabe des alten „periculum in mora": „wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist".

94) Das hat Brinz, Pandekten Bd. 2 § 276 nachgewiesen. Unverschuldete Hemmungs- und Unmöglichkeitsgründe, welche nicht in der Sache, sondern in der Person des Schuldners oder Gläubigers beruhen, werden niemals mit casus bezeichnet. Vergl. auch: H. A. Fischer, IheringsJ. 37, 267.

95) Brinz, Pandekten 2, 320.

Auch heute hat das BGB. beim Dienstvertrage (vergl. §§ 616, 617) das Wort „Gefahr" vermieden. Anders die Wissenschaft. Anders auch die Protokolle der II. Kommission (2, 280), nach welchen den Arbeiter die Gefahr bei Stücklohn treffen sollte. Das periculum der römischen Quellen stand dem Verschulden nicht gegensätzlich gegenüber. Neben dem periculum casus gab es auch ein periculum culpae und periculum negligentiae. Heute umfaßt die „Gefahr" auf dem Gebiete des Schuldrechts nur zufällige Schadenseinflüsse, für welche kein Ersatz geleistet wird. Daher ist es ein Pleonasmus, wenn die §§ 446, 588 BGB. von der „Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung" sprechen[96]. Die Worte ‚periculum' und „Gefahr" kann man nun wohl in der Rechtssprache verwenden; freilich sind sie nicht einmal zur kurzen Bezeichnung tauglich, daher ihnen meist in der Literatur eine Erläuterung beigegeben wird, in welchem Sinne man sie verstanden haben will. Jedenfalls sollte man aber darüber nie im Zweifel sein, daß es sich hier nicht um einen festfixierten Begriff handelt, und deshalb ist es sehr bedauerlich, daß sich die Sprache des BGB. des Wortes „Gefahr" so häufig bedient. Es erklärt sich aus der schillernden Bedeutung des Wortes, daß der angebliche Gefahrbegriff weder im gemeinen noch im heutigen Rechte eine selbständige wissenschaftliche Behandlung gefunden hat. Trotz der reichen Literatur über die Sätze ‚periculum emptoris est' und ‚cujus est periculum, ejus est commodum' lassen selbst die einschlägigen monographischen Bearbeitungen des gemeinen Rechts jede ernsthafte

---

96) Außerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse versteht das Gesetz unter „Gefahr" auch verschuldete Gefährdungen: so in den §§ 6, 1666, 1667. Im Recht der Schuldverhältnisse ist die Gefahr nur einmal mit Verschulden verbunden: § 254.

Definition des ‚periculum' vermissen. Und während auf der einen Seite der Satz ‚periculum locatoris est' zum eisernen Bestand der meisten Pandektenlehrbücher gehörte, konnte auf der anderen Seite Brinz (a. a. O. S. 317, 319) genauer darauf hinweisen, daß bei der conductio rei von einem eigentlichen periculum überhaupt nicht die Rede sei. Dieser Widerspruch von Brinz gegen die herrschende Lehre konnte deshalb, wie auch tatsächlich geschehen, ohne Beachtung bleiben, da in der Sache kein Gegensatz vorhanden war und man nur unter periculum Verschiedenes verstand.

Bei einseitigen Obligationen ist der Gefahrbegriff entbehrlich. Man kommt mit den Begriffen „Schuldverhältnis", „Haftung", „Unmöglichkeit der Leistung" weiter. Sagt man, der Gläubiger trägt die Gefahr der Obligation bei zufälliger Unmöglichkeit der Leistung, so kann man das einfacher und richtiger dahin ausdrücken: der Schuldner wird alsdann frei. Sagt man, der Schuldner trägt die Gefahr z. B. bei Uebersendung von Geldschulden (§ 270 BGB.), so liegt darin eben eine Haftungsverschärfung gegenüber dem allgemeinen Obligationsinhalte. Wenn es bei Dernburg (BR. Bd. 2 [2] § 235 IV) heißt:

> „Den Darlehensschuldner trifft als Gattungsschuldner die Gefahr. Der Dahrlehensgläubiger kann aber die Gefahr übernehmen, wofür er sich in der Regel besondere Vorteile ausbedingen wird. Dies war der Fall beim römischen Seedarlehen . . . ."

so würde, wenn es überhaupt möglich wäre, durch eine solche wirtschaftliche Ausdrucksweise die juristische Sachlage verdunkelt werden. Nachdem der Darlehensschuldner die Geldsumme erhalten hat, interessiert das periculum rei an den empfangenen

Geldstücken natürlich gar nicht. Im übrigen ist der Empfänger Schuldner einer Geldschuld, die nach allgemeinen Gattungsgrundsätzen behandelt wird. Und wenn mit dem foenus nauticum ein gewisses aleatorisches Moment verknüpft war, so kann auch heute der Bestand der Darlehensschuld an ähnliche Bedingungen im Rechtssinne geknüpft werden, soweit solche nicht gegen die Verbotsgesetze von Spiel und Wucher verstoßen. — Um zu den Gattungsschulden zurückzukehren, so ist bei einseitigen Obligationen der § 300 Abs. 2 überflüssig; er ist sogar irreleitend, weil er zu eng gefaßt ist. Wir wenden vielmehr lediglich die allgemeinen Unmöglichkeits- und Verzugsgrundsätze an. **Vor** der Konzentration greift der § 279 BGB. ein. Beim Schuldner eintretendes Unvermögen zur Sachleistung ist ein rechtlich irrelevanter Umstand. **Nach** der Konzentration finden Speziesgrundsätze (§§ 275, 280, BGB.) Anwendung. Es leuchtet ein, daß diese Grundsätze viel weiter gehen als das Anwendungsgebiet des § 300 Abs. 2 reicht, und das war auch, wie die oben S. 166 referierte Vorgeschichte der §§ 243 Abs. 2, 300 Abs. 2 ergibt, der Wille der II. Kommission. Denn mit der Konzentration kann zwar Gläubigerverzug zusammenfallen, was den Haftungsmaßstab (§ 300 Abs. 1) nach §§ 275, 280 beeinflußt, aber das ist wie bei der einseitigen Schickschuld nicht notwendig.

Auch bei **gegenseitigen** Verträgen ist mit dem Gefahrbegriff wenig gewonnen. Wenn eine neuere Monographie[97]) des Dienst- und Werkvertrages den Unterschied beider dahin formuliert, beim Dienstvertrag trage der Arbeitgeber die Gefahr

---

97) **Gustav Rümelin**, Dienstvertrag und Werkvertrag (1905). Ueber die Ueberspannung des Gefahrbegriffs in diesem Werk vergl. meine Besprechung in der Z. f. HR. 58, 360—368.

des Arbeitserfolges, beim Werkvertrage dagegen der Arbeitnehmer, so ist diese Formel gegenüber den alten Definitionen der locatio conductio operis und operarum noch kein Fortschritt. Bei gegenseitigen Verträgen umfaßt der sogenannte Gefahrbegriff das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Trägt der Gläubiger die Gefahr bei gegenseitigen Verträgen, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet, mag auch der Schuldner wegen kasueller Unmöglichkeit frei werden. Das hätte man vielleicht anders bezeichnen können; immerhin hat das Wort Gefahr in diesem Sinne wenigstens seine festumgrenzte reale Bedeutung. Das Gesetz sagt nun in den §§ 300, 447, die Gefahr geht auf den Gläubiger und Käufer über, d. h. nach der Gesetzessprache also: bis dahin trägt der Schuldner und Verkäufer die Gefahr. Hier zeigt sich nun sofort das Unklare des vom Gesetze sanktionierten Begriffes. Daß der Schuldner die Gefahr trägt, kann heißen: er verliert den Anspruch auf die Gegenleistung. Das bezeichnet man damit in der Literatur[98]). Das meint auch tatsächlich das Gesetz damit beim Spezieskauf, wenn die Ware vor der Uebergabe untergeht (§ 446). Daß der Schuldner die Gefahr trägt, kann andererseits aber auch heißen: er wird von seiner Haftung noch nicht frei, selbst wenn kasuelle Schadenstatsachen eintreten; so beim Pachtvertrage unter Uebernahme des Inventars zum

---

98) Beispiele: Staudinger-Kuhlenbeck 149: „Nach § 323 trägt derjenige Teil, dessen Leistung unmöglich geworden ist, die Gefahr, d h. er ist nicht berechtigt, die Gegenleistung zu fordern.“ Kohler, Lehrbuch des BR. 2, 248: „Die Abhängigkeit beider Leistungspflichten voneinander in Bezug auf die Schicksalsfügung dauert so lange, bis beide Verpflichtungen unter Dach und Fach gebracht sind, also bis zur Befriedigung; so daß, wenn die eine vorher unmöglich wird, auch die andere wegfällt, oder, wie man zu sagen pflegt, die Gefahr regelmäßig erst mit der Befriedigung übergeht.“

Schätzungswerte. Hier trägt nach § 588 BGB. der Pächter die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des Inventars. Beim Werkvertrage ist es gerade streitig, wie die Worte des § 644 „der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes" auszulegen sind. Ob der Unternehmer z. B. nach unverschuldetem Einsturze des errichteten, aber noch nicht abgenommenen Baues von neuem wieder zu bauen beginnen muß oder nur der Vergütung verlustig geht. Interessant ist es übrigens hierbei, zu konstatieren, daß der § 644 BGB. zunächst in der II. Kommission eine Fassung erhalten hatte, nach welcher in dem Paragraphen des Entw. das Wort „Gefahr" dreimal vorkam, und der Satz „der Uebernehmer trägt die Gefahr" zweimal eine verschiedene Bedeutung hatte (vergl. Protokolle 2, 329). Das hat denn selbst die II. Kommission trotz ihrer Vorliebe für das Wort „Gefahr" veranlaßt, das eine Mal die Bezeichnung zu vermeiden und sich klar auszudrücken.

Was nun die Anwendung des § 300 Abs. 2 auf Gattungsschulden bei gegenseitigen Verträgen betrifft, so ist die Bestimmung wiederum nicht nur überflüssig, sondern zu eng. Der § 324 Abs. 2 mit § 300 Abs. 1 trifft die ganze in Betracht kommende Regelung. Der Schuldner behält nach § 324 Abs. 2 den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn während des Gläubigerverzugs die Schuldnerleistung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird. In doppelter Beziehung ist die Vorschrift des § 324 Abs. 2 weittragender als § 300 Abs. 2. Einmal genügt nach § 324 Abs. 2 *jeder* Gläubigerverzug, um dem Schuldner seinen Gegenanspruch zu erhalten, nicht nur die spezielle Art des § 300 Abs. 2, und sodann paßt sich § 324 Abs. 2 elastisch dem jeweiligen Diligenzmaßstab an. Während, wie wir sahen, *die*

Gefahr nur kasuelle Schadensmöglichkeiten begreift, behält nach § 324 Abs. 2 der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung auch, wenn die Leistungsobjekte selbst infolge leichter Fahrlässigkeit des Schuldners untergehen (§ 300 Abs. 1).

Danach können wir die ganze Lehre von der sogenannten Gefahr bei Gattungsschulden aus gegenseitigen Verträgen in folgende Sätze zusammenfassen: Zunächst kommt es darauf an, ob Gläubigerverzug eingetreten ist oder nicht. Ist Gläubigerverzug eingetreten, so erhalten diejenigen Umstände, welche den Gattungsschuldner von seiner Leistung befreien, demselben zugleich den Anspruch auf die Gegenleistung. Wie weit der Gattungsschuldner durch Untergang von Gattungsgegenständen von seiner Leistungspflicht frei wird, richtet sich danach, ob Konzentration eingetreten ist oder nicht (§ 275 bezw. § 279 BGB.). Vor dem Gläubigerverzug normiert für Schickschulden aus Kauf und dem Kaufe gleichgestellten Verträgen der § 447: Mit der Uebergabe der Gattungsware an den Transporteur erhält sich der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis. Soweit § 447 nicht Platz greift, richtet sich zwar auch vor dem Gläubigerverzug die Haftung des Gattungsschuldners nach den allgemeinen Unmöglichkeitsgrundsätzen (§§ 279 oder 275). Die den Schuldner von der Haftung befreienden Umstände sichern demselben aber nicht die Gegenleistung, vielmehr schrumpft das ganze Schuldverhältnis nach § 323 BGB. zusammen.

Nach diesem Ergebnis ist die Frage nach der Existenzberechtigung der §§ 243 Abs. 2, 300 Abs. 2, 447 Abs. 1 dahin zu beantworten: die Vorschrift des § 447 ist auch für Gattungsschulden nicht zu entbehren. Ob der Ausdruck „Gefahr" in dieser Vorschrift hätte vermieden und entsprechend § 324 Abs. 2 der Inhalt des Gesetzesbefehls dahin hätte formuliert werden sollen, daß dem Verkäufer der Anspruch auf

den Kaufpreis gewahrt bleibe, ist eine untergeordnete terminologische Frage. Dagegen ist von den §§ 243 Abs. 2 und 300 Abs. 2 nicht, wie es zunächst (oben S. 160/1) schien, die erstere, sondern vielmehr die letztere Vorschrift überflüssig. Denn der § 300 Abs. 2 ist sowohl für Gattungsschulden aus gegenseitigen Verträgen wie aus einseitigen Schuldverhältnissen durch weitergehende Vorschriften überholt.

Nur in einer Beziehung möchte der § 300 Abs. 2 vielleicht eine selbständige Bedeutung behalten. Es kommt bei Gattungsschulden häufig vor, daß der Schuldner im übrigen das zur Leistung Nötige getan, eine Ausscheidung der erforderlichen Gattungsobjekte jedoch noch nicht vorgenommen hat. Es handelt sich darum, ob der Schuldner bei ganzem oder teilweisem Untergang der ihm zur Verfügung stehenden Gattungsmenge von seiner Verbindlichkeit frei wird, sowie bei gegenseitigen Verträgen den Anspruch auf die Gegenleistung behält. Die Praxis hält streng an dem Erfordernis der Aussonderung fest. Die Rechtsgrundsätze, welche die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 22 S. 288; Bd. 23 S. 147 aufgestellt haben, sind auch heute noch fortgesetzt in Uebung. In der Wissenschaft sind die Stimmen seit Ihering geteilt[99]).

99) Für Aussonderung haben sich erklärt: Planck § 300 Erl. 3 und § 447 Erl. 3; Staudinger-Kuhlenbeck § 300 Erl. 2 a. E., und Staudinger-Kober § 447 Erl. 10; Düringer-Hachenburg 3, 58; Staub, Exkurs zu § 382 HGB. Note 51; Goldmann-Lilienthal 1 S. 358, 482; Endemann, BR. 1, 952 Note 41.

Dagegen hat bereits Ihering, a. a. O. S. 367, 433, 434 die mildere Ansicht, welche im Einzelfalle von der Ausscheidung absieht, mit Lebhaftigkeit vertreten. Ebenso Cosack, BR. Bd. 1 § 122 Nr. 6; Oertmann § 243 Erl. 5 a, anders aber § 300 Erl. 3 b. (Diese Stelle bietet beiläufig einen Beleg dafür, welche verschiedenen Bedeutungen man dem Ausdruck „Gefahrübergang" beilegt.) Ueber Sammelsendungen vergl. noch Oertmann § 447 Erl. 4 a. E.

Unverkennbar drängt aber das praktische Bedürfnis dahin, von dem Erfordernis der Aussonderung hier abzusehen. Wenn die Hausfrau beim Händler ein Schock Eier bestellt, der Händler bringt die Eier mit den übrigen Eiern, die er bei den Nachbarn absetzen will, er wird von der Bestellerin grundlos abgewiesen und fällt beim Fortgehen auf der Treppe, so wäre es unbillig, wenn die Bestellerin nicht ihr Schock Eier bezahlen müßte. Denn gerade derartige Gattungsware pflegt man nicht vor der definitiven Uebergabe auszusondern. Am eklatantesten zeigt sich das Formalistische des Ausscheidungsprozesses bei Zuvielsendungen. Das Rettungshaus „Bethanien" hat bei seinem alten Lieferanten zu Weihnachten 20 Tonnen Kohlen bestellt. Der Lieferant meint, zum Feste und gerade diesem Abnehmer ein Geschenk machen zu müssen und sendet 21 Tonnen unausgeschieden. Unterwegs geht die Hälfte der Ladung verloren. Da nicht ausgeschieden ist, was Kaufware und was Schenkungsgegenstand sein soll, müßte nach der herrschenden Praxis der Verkäufer bis zu 20 Tonnen nachliefern.

Sucht man derartigen Fällen in unserem heutigen Rechte gerecht zu werden, so versagt die Konzentrationslehre, insbesondere der § 243 Abs. 2 hier vollständig. Denn die Konzentration setzt begrifflich die Individualisierung bis zur Speziesobligation voraus. Dem werden auch die Anhänger einer laxeren Konzentrationstheorie zustimmen. Denn selbst wer die Konzentration nur zu Gunsten des Schuldners eintreten läßt und dem Schuldner die Berechtigung einräumt, die Konzentrationswirkungen nach seinem Belieben einseitig wieder aufzuheben, muß doch immer verlangen, daß zunächst einmal die erforderliche Ausscheidung vorgenommen ist. — Auch die Unmöglichkeitsgrundsätze gewähren keinen Schutz. Handelt es sich freilich um Lieferungen aus einem Kollektivum, so wird

der Schuldner frei, wenn der ganze Vorrat untergeht, und er behält den etwaigen Anspruch auf die Gegenleistung, wenn Gläubigerverzug hinzukommt. Vielfach liegen aber solche beschränkt generischen Obligationen nicht vor. Der Schuldner verfügt zwar nur über einen beschränkten Vorrat von Gattungsgegenständen, und das Vorhandensein dieses Vorrats war für ihn auch Anlaß, das Geschäft abzuschließen; aber im Vertrag ist über Gattungsware bestimmter Art generell kontrahiert und der Schuldner durfte auch andere Ware liefern als aus seinem Vorrat. Bei dieser Sachlage wird der Schuldner nach § 279 niemals frei, wenn ihm sein ganzer Vorrat untergeht und dementsprechend kann er nach § 324 Abs. 2 auch niemals den Anspruch auf die Gegenleistung behalten, ohne seinerseits zu liefern. — Nur die §§ 447 und 300 Abs. 2 können hier Hilfe bringen. Allerdings ist zuzugeben, daß der Wortlaut dieser Bestimmungen ebenfalls mehr für als gegen das Erfordernis der Ausscheidung spricht. § 447 BGB. gilt in erster Linie für Spezieskäufe. Und wenn Gattungskäufe auch nicht aus seinem Bereiche ausgeschlossen sind, so liegt es nahe, sie erst dann dieser Gesetzesvorschrift zu unterstellen, wenn sie nach Eintritt der Konzentration zu Speziesobligationen geworden sind. Immerhin verträgt sich eine freiere Auslegung, welche im einzelnen Fall bei Gattungsschickschulden von dem Erfordernis der Aussonderung absieht, sehr wohl mit dem Grundgedanken des § 447, soweit nur dessen sonstige Voraussetzungen gegeben sind. Ich meine daher, daß, wo beim Distancekauf im Handelsverkehr Sammelsendungen üblich sind, die Ware nach Uebergabe an den Transporteur auf eine societas periculi der Destinatäre der Sammelsendung reist. Zu diesem Ergebnis muß sich gelangen lassen, ohne daß man zur Fiktion einer stillschweigenden Vertragsvereinbarung der Beteiligten über den

Gefahrübergang zu greifen braucht. In entsprechend dehnbarer Weise muß sich der § 300 Abs. 2 auslegen lassen, wenn er überhaupt eine Bedeutung haben soll. Man muß sich vergegenwärtigen, daß es im gewissen Sinne zu einer Ausscheidung doch immer kommt. Es wird ja nicht die ganze Gattung angeboten. Es handelt sich nur um das Risiko einer Masse, die größer ist als die zur Erfüllung notwendigen Objekte. Bei Bringschulden wird hier schon die Beschwerlichkeit des Transportes auf die Verringerung des überschießenden Quantums einwirken. Und ebenso muß selbst bei der Holschuld, wenn wir annehmen, daß die sog. Gefahr nach § 300 Abs. 2 bei wörtlichem Angebot ohne besondere Ausscheidung übergehen kann, schon der Natur der Sache nach feststehen, in Ansehung welcher Masse ganz oder teilweise das Risiko von dem Gläubiger getragen wird. Das ist notwendig, damit der Schuldner dem Gläubiger nicht irgend einen beliebigen Verlust, den er in seinen Vorräten erleidet, aufbürden kann.

Im einzelnen sind bei Anwendung des § 300 Abs. 2 auf Gattungsschulden ohne spezielle Ausscheidung noch zwei Möglichkeiten gegeben. Hat der Gläubiger 10 Stoppelgänse bei sich zu verlangen, und der Schuldner treibt ihm 25 zu, um die weiteren 15 von dort sogleich auf den Markt zu treiben, der Gläubiger nimmt die Gänse nicht an, und auf dem weiteren Marsche zum Markte entweichen dem Schuldner 15 Gänse ohne sein Verschulden: so kann man entweder dem Gläubiger den noch vorhandenen Rest von 10 zusprechen, oder man kann auch hier eine societas periculi zwischen Gläubiger und Schuldner konstruieren, so daß der Gläubiger nur 4 Gänse erhält. Meines Erachtens ist hier anders zu entscheiden als bei den Sammelsendungen nach § 447 BGB. Dem Schuldner dürfte nach Billigkeit genügend entgegengekommen sein, wenn

man ihn nach den Grundsätzen der beschränkt generischen Obligationen behandelt. Und da muß er eben leisten, soweit die Leistung aus dem individuellen Vorrat noch möglich ist.

Will man dieser weiteren Auslegung der §§ 447 u. 300 BGB. folgen, so gibt es einen „Gefahrübergang" bei Gattungsschulden ohne Konzentration. Will man diese weitere Auslegung ablehnen, so ist § 300 Abs. 2 gänzlich überflüssig. § 447 behält auch abgesehen von der Konzentration seine selbständige Bedeutung, da er die Anwendung des § 323 BGB. ausschließt und dem Verkäufer seinen Anspruch auf den Kaufpreis erhält. In jedem Falle sollte man das Operieren mit dem vagen Gefahrbegriff vermeiden.

VII.

Ueber den Begriff der Vaterschaft.

Von Dr. **Raape**, Privatdozent an der Universität Bonn.

I. §§ 1717, 1591.

In diesen Jahrbüchern (Bd. 50, S. 416 ff.) veröffentlichte Kuttner einen klar und fesselnd geschriebenen Aufsatz: Die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft.

Gegen diesen Aufsatz richten sich die folgenden Ausführungen. Kuttner ist bestrebt, einen einheitlichen Begriff der unehelichen Vaterschaft zu gewinnen, der ein für das Ehehindernis des § 1310III, die Unterhaltspflicht, die Legitimation durch nachfolgende Ehe und die Ehelichkeitserklärung in gleicher Weise bedeutsame Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft ermöglicht.

Seinem Streben steht natürlich § 1717 im Wege. Denn es ist klar, daß für den Standesbeamten, der ein Ehehindernis im Sinne des § 1310III zu prüfen hat, § 1717 nicht maßgebend sein kann.

So nimmt denn Kuttner folgendes an: Unehelicher Vater ist derjenige, aus dessen Beiwohnung die Mutter das

Kind empfing. Das trifft für §§ 1717, 1720 so gut wie für §§ 1310 und 1723 zu. Der schwierige Beweis, daß die Beiwohnung gerade dieses Mannes zur Empfängnis führte, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu würdigen. Außerdem stellt das Gesetz in §§ 1717 und 1720 zur Vermeidung der Beweisschwierigkeiten Sonderregeln auf. Es fingiert darin jemand als Vater, der es nach der natürlichen Auffassung nicht ist oder vielleicht nicht ist. Neben diesem fingierten Vaterschaftsbegriff, der nur in besonderen Hinsichten gilt, hat das Gesetz aber den allgemeinen natürlichen Vaterschaftsbegriff beibehalten. Das ist Kuttners Kernsatz. Aus ihm leitet er auch wichtige materiellrechtliche Folgerungen ab — und sie sind das zweite, was er mit seiner Theorie erstrebte —: Versagt der künstliche Vaterschaftsbegriff, weil das Kind am 180. oder 303. Tag nach der Beiwohnung geboren ist, oder weil noch ein anderer Mann seiner Mutter in der Empfängniszeit beiwohnte, dann kann das Kind immer noch mit dem natürlichen Vaterschaftsbegriff sein Heil versuchen. Nur muß es eben die Beweisschwierigkeiten überwinden. Ist also die auf § 1717 gestützte Unterhaltsklage abgewiesen, etwa wegen der exceptio plurium, und findet sich später Material für die „wirkliche Vaterschaft", so kann nunmehr aus dem neuen Rechtsgrund noch einmal geklagt werden (S. 522, 533)!

Wie man sieht, kommt für Kuttner alles auf den Nachweis an, daß die Voraussetzungen der unehelichen Vaterschaft hinsichtlich des Unterhaltsanspruchs in § 1717 nicht erschöpfend geregelt seien. Das unterscheidet seine Auffassung von der meinigen.

Das Gesetz — sagt Kuttner in seinem Nachweis S. 437—441 — geht von der Vaterschaftstheorie im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Quasideliktstheorie aus. In § 1717 kommt diese Theorie aber nicht zu ihrem vollen Recht. Durch

§ 1717 wird mancher, der Vater ist, nicht getroffen. Also kann § 1717 keine ausschließliche Geltung haben. Neben ihm steht der allgemeine Vaterschaftsbegriff. § 1717 dient nur zu seiner Aushilfe und Unterstützung.

Kuttner drückt diesen Gedanken nicht so rein und unverhüllt aus, aber er wird jedenfalls von ihm beherrscht (vergl. S. 441 Abs. 2 und überhaupt S. 435—441). Ich stelle den Gedanken so nackt hin, damit seine etwaigen Blößen um so besser ins Auge fallen.

1) Er enthält einen willkürlichen Ausgangspunkt. Wo steht, daß das Gesetz der Vaterschaftstheorie folge? Doch nur in den Vorarbeiten. Allein sie sind nicht maßgebend. Das Gesetz selbst muß uns sagen, welche Theorie es befolgt. Nun glaube ich allerdings, daß das die Vaterschaftstheorie ist; die Klage hat daher die Vaterschaft des Beklagten, nicht nur seine Beiwohnung zu behaupten, das Anerkenntnis des Beklagten (§ 1718) ist auf die Vaterschaft, nicht nur auf die Beiwohnung zu richten. Und zwar folgere ich das alles aus § 1717. Wer aber, wie Kuttner, § 1717 in Gegensatz zur Vaterschaft stellt, dem dürfte es schwer fallen, aus dem Gesetz und nicht lediglich aus den Materialien zu beweisen, daß die Vaterschaftstheorie die gesetzliche ist.

2) Aber auch wenn wir den Vorarbeiten folgen, so fragt sich immer noch, welche Vaterschaftstheorie Gesetz werden sollte.

Kuttner geht offenbar davon aus, daß es nur eine gebe. Jede Regel, die von der natürlichen Auffassung abweicht, scheint ihm Preisgabe der Vaterschaftstheorie überhaupt zu sein. So schreibt er S. 440: „Die Vaterschaftstheorie muß vielmehr zu dem Schlusse führen, daß anspruchsbegründender Umstand

immer nur die — wirklich vorhandene oder als wirklich unterstellte — natürliche Vaterschaft sein kann, gleichgültig, ob die Beiwohnung innerhalb oder außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit stattgefunden hat."

Ich sehe darin wieder eine petitio principii. Wenn ein Gesetz anordnet: Kinder stammen von einem Manne ab, wenn die Mutter sie aus seiner Beiwohnung empfing, jedoch hat eine Beiwohnung außerhalb eines gewissen Zeitraumes vor der Geburt außer Betracht zu bleiben — so ist möglich, daß manche natürliche Abkömmlinge des Mannes es nicht vor dem Gesetz sind. Aber bleibt es andererseits nicht wahr, daß alle im Sinne des betreffenden Gesetzes von dem Manne abstammenden Kinder auch nach der natürlichen Auffassung seine Kinder sind? Bleibt es folglich nicht wahr, daß die Unterhaltspflicht von einem solchen Gesetz mit Rücksicht auf die natürliche Abstammung angeordnet wird? Zwar haben nicht alle, die Abkömmlinge eines Mannes sind, nach solchem Gesetz gegen ihn einen Unterhaltsanspruch. Aber die es sind, haben ihn um ihrer Eigenschaft als Abkömmlinge willen.

3) Mithin folgt aus dem Umstand, daß der Vater im Sinne des § 1717 sich nicht mit dem natürlichen deckt, nicht, daß § 1717 überhaupt keiner Vaterschaftstheorie folge. Dafür müßten noch andere Beweise gebracht werden. Das versucht nun Kuttner. Er geht dabei sehr weit, denn er schreibt S. 437: „Diese Auffassung des § 1717 (daß der § 1717 die materiellen Voraussetzungen der unehelichen Vaterschaft erschöpfend aufzähle) wird in der Tat in der Rechtslehre und Rechtsprechung mitunter vertreten. Sie geht davon aus, daß der Begriff des Vaters im Sinne der §§ 1708—1716 im § 1717 erschöpfend definiert sei, und daß daher (!) der Unterhaltsanspruch des Kindes lediglich aus dem Tatbestand der „Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit" entspringe.

Nach dieser Auffassung bildet folgeweise nicht „die uneheliche Vaterschaft", sondern stets nur „die Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit" den anspruchbegründenden Tatbestand, so daß der Kläger zur Substanziierung seines Klaganspruchs nicht das Bestehen der Vaterschaft, sondern lediglich den Beischlaf in der Empfängniszeit zu behaupten brauchte."

Kuttner geht hier also so weit, daß er aus § 1717 herausliest, der Beiwohnende solle zahlen. Je unzulänglicher dieses Ergebnis ist, desto willkommener ist es ihm, denn mit um so größerem Erfolg kann er dann für seine Vaterschaftstheorie, wie er sie versteht, werben.

Allein ist es wirklich wahr, daß die Klage aus § 1717 i. V. mit § 1708 die bloße Beiwohnung des Mannes zum Grunde hat? Steht nicht in § 1717: „Eine Beiwohnung bleibt .... außer Betracht, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat"? Alimente zahlen soll doch folglich nur derjenige, von dem das Kind empfangen sein kann. Die offenbare Möglichkeit der Empfängnis ist klagbegründender Umstand, ihr Gegenteil hat der Richter von Amts wegen zu berücksichtigen. Es verhält sich mit ihr in dieser Hinsicht nicht anders als mit der Tatsache der Beiwohnung selbst.

Kuttner hat sich wahrscheinlich durch die Verteilung der Beweislast irreführen lassen. Indessen aus der Art, wie der Beweis in § 1717 geordnet wird, darf man keine Schlüsse auf den in ihm steckenden materiellen Rechtsgedanken ziehen. Sonst käme man auch in § 1591 zu dem Ergebnis, dessen Unhaltbarkeit dort erst recht einleuchtet, daß die Vaterschaft auf die Beiwohnung gegründet werde und nicht auf die Empfängnis oder doch deren Möglichkeit.

4) Gerade diesen § 1591 hat aber Kuttner meines Erachtens zu wenig berücksichtigt. Seine Ausführungen über

§ 1591 widersprechen denen über § 1717. S. 437—441, verglichen mit S. 453, enthalten die Achillesverse seines Aufsatzes.

Kuttner geht davon aus: § 1717 weicht von der natürlichen Vaterschaftstheorie ab und ist daher nicht erschöpfend. Ich behaupte, daß auch §§ 1591, 1592 fast in demselben Maße von der natürlichen Theorie abweichen.

Auch in § 1591 kommt es nicht darauf an, ob die — nachgewiesene oder vermutete — Beiwohnung des Mannes die Empfängnis der Frau zur Folge gehabt hat, sondern nur darauf, ob sie sie offenbar zur Folge gehabt haben kann. Das zweifelhafte Kind behandelt das Gesetz als vom Manne abstammend.

Nicht nur in § 1717, auch in § 1592 setzt das Gesetz eine Empfängnisfrist fest. Der Richter ist z. B. daran gebunden, daß das Kind aus einer Beiwohnung am 180. Tage vor der Geburt nicht empfangen sein kann. Für die freie Ueberzeugung des Richters ist kein Raum; er hat lediglich die Tatsachen zu prüfen, an die das allmächtige Gesetz die Abstammung knüpft.

Ein Unterschied freilich besteht zwischen § 1717 und § 1592. Dort ist die Frist unveränderlich, hier kann sie verlängert werden. So beschloß es die II. Kommission. Der Gesetzgeber opferte von seiner Regel über die Empfängniszeit wohl etwas, wo es die Ehre der Mutter und des Kindes galt, nicht aber, wo es um Geld ging. Eine Verkürzung der Frist ließ die Kommission auch in § 1592 nicht zu, und zwar mit der Begründung: Kinder, die nur 180 Tage getragen wären, könnten zwar lebend zur Welt kommen, aber nicht leben. Die Ehelichkeitsfrage würde daher wegen ihrer Unfähigkeit zu leben nicht praktisch.

Sodann gewährt zwar § 1717 die exceptio plurium schlechthin, nicht aber § 1591. Die Beiwohnung eines anderen ist in § 1591 unerheblich, sofern die Empfängnis aus der Beiwohnung des Mannes noch als möglich zu gelten hat, und das wird die Regel sein.

Doch die Abweichung von der natürlichen Auffassung ist trotz dieses Unterschiedes zwischen § 1717 und § 1591 die gleiche. Hier, in § 1591, wird der aus der Mehrheit der Beischläfer sich ergebende Zweifel schematisch zu Gunsten des Kindes entschieden, dort, in § 1717, ebenso schematisch zu seinen Ungunsten. Beide Male fingiert das Gesetz, nur geschieht es einmal in bejahendem, das andere Mal in verneinendem Sinne. Sieht man auf diejenigen allein, deren Vaterschaft vom Gesetz bejaht wird, so findet man: bei den in § 1717 für Väter Erklärten ist die Gewißheit größer, daß sie wirklich Väter sind, als bei den in § 1591 dazu Gemachten.

Ist alles das über das Verhältnis von § 1591 zu § 1717 Gesagte richtig, dann bleibt Kuttner konsequenterweise auch bei § 1591 nur übrig zu sagen: Die Vaterschaftstheorie kommt hier zu kurz. Also nehme ich an, daß neben und hinter § 1591 noch der allgemeine Vaterschaftsbegriff steht. Nur sind dessen Voraussetzungen schwerer zu beweisen.

Allein Kuttner tut das nicht. Was ihm in § 1717 unmöglich dünkt, das ist ihm hier möglich. Er lehrt, daß die materiellen Voraussetzungen der ehelichen Vaterschaft in § 1591 erschöpfend aufgezählt seien. Der Grund ist ihm offenbar der (S. 453): das Gesetz tut in § 1591 auch der Empfängnis aus einer früheren als der gesetzlichen Zeit ausdrücklich Erwähnung. Er übersieht also anscheinend alle anderen Unterschiede zwischen der natürlichen und der in § 1591 geregelten Vaterschaft. Er übersieht meines Erachtens, daß in § 1591 mit demselben Recht, besser Unrecht, wie in § 1717 gesagt

werden könnte: auf die Beiwohnung komme es bei der Frage der Abstammung an, und nicht auf die Empfängnis. Er übersieht meines Erachtens, daß § 1591, indem er die exceptio plurium nicht berücksichtigt, ebenso viele Ehemänner, die vielleicht nicht Väter sind, doch zu solchen erklärt, als § 1717 durch die schlechthinnige Zulassung der exceptio plurium zweifelhafte Väter zu Nicht-Vätern macht (wenigstens am letzten Ende, insofern sie keinen Unterhalt zu leisten brauchen).

Er übersieht meines Erachtens endlich, daß § 1591 einer Empfängnis innerhalb 180 Tagen vor der Geburt keine Erwähnung tut. Also gerade der Punkt, welcher für seine verschiedene Auffassung von § 1591 und § 1717 entscheidend ist, nämlich die verschiedene Regelung der Empfängniszeit in den beiden Paragraphen, ist von ihm nur halb gewürdigt worden (Beweis S. 452 oben). Mit Recht geht Kuttner davon aus, daß der Gesetzgeber den Begriff der Ehelichkeit in § 1591 erschöpfend regeln wollte. Er knüpft daran die Worte: „Sobald man .... daran ging, die materiellen Voraussetzungen des Begriffs der Ehelichkeit erschöpfend zu regeln, mußte man auch der Empfängnis aus einer früheren als der gesetzlichen Empfängniszeit ausdrücklich Erwähnung tun, wenn anders solche spätgeborenen Kinder von der Eigenschaft der Ehelichkeit nicht überhaupt ausgeschlossen bleiben sollten. Und das wäre doch absurd gewesen" (S. 453). Von Kuttners Standpunkt aus würde unser Gesetz den Vorwurf der Absurdität immer noch verdienen; denn wenn es absurd ist, daß die spät, d. h. nach dem 302. Tag geborenen Kinder von der Eigenschaft der Ehelichkeit ausgeschlossen bleiben, dann ist es ebenso absurd, daß den früh, d. h. vor dem 181. Tage geborenen, mögen sie auch die Fähigkeit zu langem Leben nicht in sich tragen, diese Eigenschaft vorenthalten wird.

Meines Erachtens bleibt Kuttner nur die Wahl, ent-

weder seine Auffassung des § 1591 auch dem § 1717 unterzulegen oder umgekehrt.

Welche die richtigere ist, scheint mir nicht zweifelhaft. Kuttner sagt mit Recht, daß § 1591 die eheliche Abstammung erschöpfend regelt. Freilich trifft ja sein Grund nicht zu, denn in § 1591 ist keineswegs die natürliche Vaterschaft schlechthin zur juristischen erhoben. Aber die ausschließliche Geltung von § 1591 ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und der Fassung des Gesetzes. Nicht der geringste Umstand deutet auf das Gegenteil hin!

Alle diese Gründe treffen auch für § 1717 zu. Hätte Kuttner recht, gäbe es außer § 1717 noch einen zweiten Vaterschaftsbegriff, so triebe das Gesetz geradezu Versteckenspielen. Und dabei handelt es sich doch um wichtige praktische Unterschiede! Es findet sich auch nicht der entfernteste Hinweis darauf, daß jemand als unehelicher Vater zur Unterhaltsgewährung verurteilt werden könnte, trotzdem ihm der Beweis der exceptio plurium gelungen ist. Was sodann die Empfängniszeit betrifft, so berechtigt § 1592 II unbedingt zu dem Gegenschluß, daß der Richter eine kürzere Empfängniszeit zum Schutz der Ehelichkeit des Kindes nicht annehmen darf [1], berechtigt also weiterhin zu dem Schluß, daß der Richter in § 1717, wo es sich nur um Geld handelt, an die dort genannte Frist festgebunden ist.

Gewicht ist nicht darauf zu legen, daß § 1591 sagt: Ein Kind . . ist ehelich . ., § 1717 dagegen: Als Vater gilt . . . Das letztere schrieb der Gesetzgeber bewußt oder unbewußt in dem Gefühl des Gegensatzes zur natürlichen Auffassung der

---

1) Der Hinweis auf diesen von Kuttner übersehenen Umstand scheint mir zur Widerlegung seiner Ausführungen (S. 452—457), daß § 1592 kein arg. e contr. im Verhältnis zu § 1717 gewähre, zu genügen.

Vaterschaft. So erklärt sich auch die Wendung: als Empfängniszeit „gilt" . . . Sie kommt, wie ich hervorhebe, nicht nur in § 1717 vor, sondern auch in § 1592. Ein solches Gefühl des Gegensatzes zwischen Natur und Recht konnte bei Regelung der Ehelichkeitsfrage nicht aufkommen, denn diese ist eine rein juristische. Daher sagt § 1591 mit Recht: Ein Kind ist ehelich . . Dazu kam noch ein besonderer Grund. Der Gesetzgeber bejahte die zweifelhafte Frage, ob die zwar nach dem Eheschluß geborenen, aber vorher erzeugten Kinder ehelich sein sollten. Und zwar sollten sie ehelich sein, nicht nur dafür gelten.

Aus allem dem ergibt sich, daß ein sachlicher Unterschied aus der Verschiedenheit der Fassung nicht hergeleitet werden kann: § 1591 und § 1717 zählen beide die Voraussetzungen der Abstammung von einem Manne erschöpfend auf.

II. § 1720.

Was die Legitimation durch nachfolgende Ehe betrifft, so lehrt Kuttner auch hier wieder: Legitimiert wird sowohl das wirkliche Kind als auch das im Sinne des § 1720 fingierte. Das Gesetz kennt auch hier zwei Vaterschaftsbegriffe, den natürlichen und — zum Zweck der Beweiserleichterung — einen künstlichen. Sie werden hier besonders deutlich gemacht, jener durch § 1719, dieser durch 1720. Die praktische Folge ist, daß der Richter bei Prüfung der Legitimation an die gesetzliche Empfängniszeit nicht gebunden ist, weder nach unten noch nach oben (S. 464, 461).

Aus diesem Bericht erkennt der Leser bereits, daß Kuttner hier gleichfalls mit seiner Auffassung des § 1591 in Widerspruch gerät. Seine ganzen Ausführungen gipfeln in dem Satz: Der in § 1720 als Vater Fingierte sei nur ein möglicher Vater, wievielmehr gebühre die Legitimation dem

wirklichen, dem erwiesenermaßen vom Ehemann erzeugten Kind! (S. 460.) Ich begnüge mich mit der Gegenfrage: Die Abstammung vom Ehemann wird in § 1720 und § 1591 im wesentlichen an dieselben Voraussetzungen geknüpft. Beide Male genügt, daß der Eheman der Frau in der Empfängniszeit beiwohnte und die Empfängnis nicht zu den offenbaren Unmöglichkeiten gehört. Weshalb empfindet nun Kuttner die Kluft zwischen Wirklichkeit und Gesetz in § 1591 nicht, während er sie bei § 1720 so stark betont? Von seinem Standpunkt aus wird die Wohltat der nachträglichen Verleihung der Ehelichkeit mehr Kindern zu teil als die der sofortigen Verleihung gemäß § 1591! Denn § 1591 hält er doch für erschöpfend!

Ich selbst gehe wieder davon aus, daß die Abstammungsfrage in § 1720 ausschließlich geregelt ist.

Die Folge ist, daß von der Annahme einer kürzeren Empfängniszeit zu Gunsten des zu legitimierenden Kindes keine Rede sein kann. Ist sie doch nicht einmal zu Gunsten des in der Ehe geborenen Kindes vorgesehen!

Wie steht es aber mit der Verlängerung der Empfängniszeit? Man könnte ihr widersprechen, denn § 1720 verweist auf § 1717 und nicht auf § 1591. Das Ergebnis ist jedoch äußerst unbefriedigend. Denn wird das Kind nach dem Eheschluß, vielleicht kurz nachher geboren, so kann es sich darauf berufen, daß es außerordentlich lange getragen wurde. Wird es vorher geboren, so soll es das nicht können, trotzdem hier die gleichen Rücksichten walten, trotzdem es auch hier gilt, die Mutter vor dem Vorwurf der Untreue, das Kind vor dem Makel der Unehelichkeit zu bewahren? Dabei muß man beachten, daß es praktisch kein anderes Mittel, ein Band zwischen Ehemann und Kind zu knüpfen, gibt. Die Voraussetzungen der Annahme an Kindes Statt werden fast nie zutreffen.

Ich suche vergebens in den Vorarbeiten nach einem Grund für solch merkwürdigen Zwiespalt. Wie schon gesagt, machte erst die II. Kommission die Frist des § 1592 beweglich[1]). Zu § 1717 heißt es einfach in den Protokollen: Die zu Gunsten der Ehelichkeit beschlossene Zulassung des Nachweises einer längeren Empfängniszeit solle hier keine Anwendung finden (S. 6206). § 1720 verwies von Anfang an auf § 1717. Sobald nun die II. Kommission in § 1717 von § 1592 abwich, hatte sie — sollte man erwarten — Veranlassung, zu erwägen, ob sie es in § 1720 bei der Verweisung auf § 1717 bleiben lassen wollte. Tatsächlich findet sich von solchen Erwägungen in den Protokollen nichts. Es scheint danach die Annahme möglich, daß die Verfasser sich dessen nicht bewußt waren, daß die Aenderung von § 1591 nicht nur im Verhältnis zu § 1717, sondern auch zu § 1720 von Bedeutung war.

Wären sie es gewesen, so hätten sie wohl in § 1720 sich an § 1592 angeschlossen. Oder stießen sie sich daran, daß die Empfängniszeit für uneheliche Kinder verschieden sein solle, je nachdem es sich um Unterhaltspflicht oder Legitimation handle?

Die meisten Schriftsteller — Dernburg, Knitschky, Planck, Spahn[2]) — wagen es jedenfalls, sich über die Frist des § 1720 hinwegzusetzen. So sagt Planck[3] § 1720 2b: „Uebrigens ist die Legitimation nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Beiwohnung länger als 302 Tage vor der Geburt zurückliegt. Für einen solchen Fall gilt nur die im § 1720 Abs. 1 bestimmte Vermutung nicht.“ Damit stellt sich Planck in einer Hinsicht auf Kuttners Standpunkt, denn er hält

1) Ich führe im folgenden stets nur die Zahlen des Gesetzes an.

2) Nachgewiesen von Kuttner 461.

wohl den unter Beiseitelassung des § 1720 geführten Beweis der natürlichen Vaterschaft für rechtserheblich. Folgerecht müßte Planck mit Kuttner auch die Annahme einer kürzeren Empfängnisfrist für zulässig halten. Und das will er doch wohl mit Rücksicht auf § 1592 schwerlich. Dazu kommt, daß die Auffassung, die Planck in § 1720 vertritt, der bei § 1717 entwickelten widerspricht. Das hebt Kuttner (S. 461) mit Recht hervor. Gegen Dernburg, Bd. 4, § 91 kann man die gleichen Einwände machen.

So schließe ich mich denn nur dem Ergebnis von Dernburg und Planck an, nicht aber ihrer Begründung. Meine eigene lautet: § 1720 verweist auf § 1717. Daraus folgt: Man hat zu unterstellen, daß § 1721 unmittelbar die Empfängniszeit regele. Bei der materiellrechtlichen Beurteilung hat der rein gesetzestechnische Behelf der Verweisung außer Betracht zu bleiben. Das gilt auch für die Frage, ob § 1592 zu einem Analogieschluß oder zu einem Gegenschluß zu verwerten ist. Sie muß bei jedem der beiden §§ 1717 und 1720 für sich beantwortet werden. Bei § 1717 ist sie zu verneinen, denn er betrifft nicht den Schutz der Ehelichkeit; auch spricht die Entstehungsgeschichte für die Verneinung. Bei § 1720 ist sie zu bejahen, denn die „Gleichheit des Grundes" liegt vor, und die Entstehungsgeschichte steht nicht im Wege.

III. Schluß.

Der Vaterschaftsbegriff in § 1717 und der in § 1720 sind nach dem Gesagten verschieden. Von beiden weicht wieder § 1310^{III} ab. Er stellt überhaupt keinen eigenen Begriff der Vaterschaft auf, macht also den natürlichen zu dem seinigen. Ich kann mich hier nur Kuttner (S. 420 ff.) anschließen.

Mein Endergebnis weicht selbstverständlich von dem Kuttners ab. Es gibt keinen einheitlichen Begriff der unehelichen Vaterschaft. Die Folgerungen Kuttners für den Prozeß muß ich daher ablehnen. Eine Erörterung der prozessualen Bedeutung meines eigenen Ergebnisses liegt nicht in meinem Plan.

VIII.

Ist eine Aenderung der Gesetzgebung zwecks Ermöglichung des Eigentumsvorbehaltes an Maschinen notwendig?

Von Dr. **Oberwinter**, Gerichtsassessor, z. Zt. in Essen (Ruhr).

Die nachfolgende Abhandlung stützt sich besonders in ihrem zweiten historischen Teile auf Ergebnisse, zu denen ich in meiner im Jahre 1900 angefertigten Doktorarbeit gekommen bin. Ich hebe dies hervor, um den Anschein zu vermeiden, als sei das Resultat der historischen Untersuchungen von dem Wunsche beeinflußt worden, den Wortlaut der Quellen einer als günstig erkannten Ansicht anzupassen. Damals gab es noch keine „Praxis des Reichsgerichts" nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, die ganze Frage war noch nicht aufgerollt. Auch die Natur der Arbeit wies auf eine durchaus von allen Nebenabsichten befreite, objektive Untersuchung des Materials hin. Erst durch das Studium der Quellen bin ich zu der damals vertretenen Ansicht gekommen, und es gereicht mir allerdings zur Genugtuung, dieselbe auch heute noch fast in allen Punkten aufrecht erhalten zu können.

Die Abhandlung „Ueber die Rechtslage der einem Gebäude eingefügten Mobilien, ein Beitrag zur Frage der Inädifikation nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche"

(Rost. Diss.) ist im Buchhandel nicht erhältlich, jedoch in allen größeren juristischen Mietbüchereien zu bekommen. Ich erwähne dies, weil ich der Raumersparnis halber an einer Stelle Gelegenheit nehmen muß, mich auf die Arbeit zu beziehen.

Erster Teil.

Der Zentralverband Deutscher Industrieller hat in einer seiner letzten Ausschußsitzungen folgenden Beschluß gefaßt:

„Der Zentralverband Deutscher Industrieller erkennt an, daß für verschiedene Industriezweige, insbesondere die Maschinenindustrie, der Verkauf gegen Eigentumsvorbehalt ein zweckmäßiges und in vielen Fällen für den Geschäftsabschluß notwendiges Sicherungsmittel des Verkäufers ist, das auch sozial insofern von nicht geringer Bedeutung ist, als es dem kapitalschwachen tüchtigen Industriellen die Begründung einer selbständigen Existenz erleichtert.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat den Eigentumsvorbehalt in den meisten Fällen wirkungslos gemacht, eine gesetzliche Aenderung des jetzigen Rechtszustandes, der zu einer unbilligen Bevorzugung insbesondere des Grundeigentümers, dessen Rechtsnachfolgers, der Konkursgläubiger, sowie der Realgläubiger gegenüber den Lieferern von Maschinen geführt hat, erscheint daher im berechtigten Interesse der Industrie dringend geboten."

Die Gründe, die das Reichsgericht zum Festhalten an der von ihm befolgten Praxis veranlaßt haben, sind so allgemein bekannt, daß ich mich auf eine ganz kurze Wiedergabe beschränken kann[1]):

---

1) Vergl. ERG. 55, 241; JW. 1904 S. 548 fg. und 1906 S. 189 fg., insbesondere auch die Zusammenstellung bei Krückmann, Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt 2 fg.

Das Reichsgericht sieht die Maschinen in der Regel als wesentliche Bestandteile des Fabrikgebäudes an, nämlich in allen Fällen, in denen es sich um ein Fabrikgebäude handelt, welches für einen bestimmten Zweck eingerichtet erscheint, zu dessen Erreichung eben die darin angebrachten Maschinen erforderlich sind. Danach sind die in einem Fabrikgebäude angebrachten Maschinen nur dann nicht wesentliche Bestandteile des Fabrikgebäudes, wenn das Gebäude als zu jedem beliebigen Zwecke geeignet sich darstellt unabhängig von dem jeweils in demselben untergebrachten Betriebe; also z. B., wenn es ebensogut benutzt werden kann als Wäschefabrik oder Schraubenfabrik wie zur Eisfabrikation. Dieser Fall ist nicht oft gegeben und wird vom Reichsgericht nur ausnahmsweise als vorliegend angenommen; meist wird ein Fabrikgebäude zu bestimmten Zwecken errichtet, worauf dann auch die baulichen Einrichtungen hindeuten. Beachtet werden muß hierbei, daß es nach dem Standpunkte des Reichsgerichts nicht darauf ankommt, wie das Gebäude ursprünglich beschaffen war, sondern wie es nach der Einrichtung für einen bestimmten Zweck beschaffen ist. Ist ein Fabrikgebäude, welches an sich zu mehreren Zwecken geeignet war, einmal für einen bestimmten Zweck, z. B. zu einer Holzbearbeitungsfabrik, durch irgend welche bauliche Veränderungen eingerichtet worden, dann ist es nach der Praxis des Reichsgerichts nicht mehr ein zu mehreren Zwecken geeignetes Fabrikgebäude, sondern eben eine auf ihren Spezialbetrieb eingerichtete „Holzbearbeitungsfabrik".

Auf die Festigkeit der Verbindung zwischen Maschine und Gebäude ist nach dem Reichsgericht kein oder doch nur ein ganz untergeordneter Wert zu legen; es genügt jede leichte Verbindung, z. B. ein Anschrauben der Maschine an den Boden, sobald nur die oben angedeutete technische Zusammengehörigkeit vorliegt.

Davon ausgehend, daß nach den obigen Grundsätzen die Maschinen unserer technischen Betriebe in den weitaus meisten Fällen als wesentliche Bestandteile der Fabrikgebäude anzusehen seien, erklärt das Reichsgericht einen Eigentumsvorbehalt an ihnen nach § 93 BGB. eben wegen dieser Eigenschaft für ungültig. Er ist auch nach Ansicht des Reichsgerichts nicht etwa deshalb gültig, weil im Falle eines Eigentumsvorbehalts eine vorübergehende Verbindung im Sinne des § 95 BGB. anzunehmen sei, was zur Folge hätte, daß die so verbundenen Maschinen trotz des äußeren Anscheins nicht einmal Bestandteilseigenschaft, geschweige denn den Charakter wesentlicher Bestandteile erhielten. Das Reichsgericht weist eine Auslegung des § 95 BGB. zurück[1]), „die eine Verbindung zu vorübergehendem Zwecke auch dann annimmt, wenn wirtschaftlich eine dauernde Verbindung beabsichtigt war, der Veräußerer der eingefügten Sachen aber einen auf die Erhaltung seines Eigentums für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises gerichteten Vorbehalt machte. Um einen vorübergehenden Zweck im Sinne des § 95 BGB. anzunehmen, genügt es — nach Ansicht des Reichsgerichts — nicht, daß die Parteien die dingliche Rechtslage so zu gestalten suchen, daß der ins Auge gefaßte Erfolg des Eigentumsüberganges erst unter gewissen Voraussetzungen eintreten soll. Es kommt nur darauf an, ob eine bei normalem Verlauf der Dinge als dauernd gedachte, nicht von vornherein zur Wiederaufhebung bestimmte Verbindung der Sachen hergestellt worden ist."

Der Standpunkt des Reichsgerichts führt zu den unleidlichen Konsequenzen, welche den Zentralverband zur Fassung seines Beschlusses veranlaßt haben, Konsequenzen, welche an Beispielen zu vermehren, nicht meine Aufgabe sein kann. Er

1) Vergl. JW. 1906 S. 189.

ist dem Lieferanten der Maschine ebenso unerwünscht wie dem sie beziehenden Gewerbetreibenden, der ja eben im Falle des Eigentumsvorbehaltes zugibt, auf den Kredit des Lieferanten angewiesen zu sein und nun genötigt ist, andere Sicherungsmittel zu beschaffen. Er kommt nur zu statten den Konkursgläubigern des Gewerbetreibenden oder etwaigen dritten Personen, welche Eigentum oder sonstige dingliche Rechte an dem Fabrikgrundstücke erwerben und nun, seien sie bösgläubig oder gutgläubig, den Vorteil von den Maschinen haben, ja, bei nach Erlangung ihres Rechts erfolgter Anbringung der Maschinen, ohne ihr Zutun und ohne ihren Willen haben.

Die in obigem dargelegten Grundsätze des Reichsgerichts sind vom ersten Tage ihres Auftauchens an von den beteiligten Kreisen, sowie auch in der Literatur [1]) mit aller Energie bekämpft worden, ohne daß es gelungen wäre, das Reichsgericht von seinem einmal vertretenen Standpunkte abzubringen. Ich beschränke mich im folgenden auf eine möglichst knappe Wiederholung der Gründe, welche bereits gegen die Ansicht des Reichsgerichts vorgebracht sind, um, abgesehen von einer hier und da wünschenswert erscheinenden Unterstützung des bislang Vorgebrachten, diesem ein meines Erachtens sehr gewichtiges Argument hinzuzufügen.

I. Man hat in den meisten der vom Reichsgericht entschiedenen Fällen mit Recht bestritten, daß die Maschinen als

---

1) Vergl. Krückmann, Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt, Leipzig 1906; ferner seinen Aufsatz in JW. 1906 S. 673 fg.; Lenel in DJZ. 1906 Nr. 1 S. 46 fg.; Fürst in JW. 1906 S. 154 fg.; Geisler in DJZ. 1904 Nr. 11 S. 543 fg.; Oertmann im Recht, 10. Jahrg. Nr. 19 S. 1114 ff., ferner: Eigentumsvorbehalt an Maschinen, zur Wahrung der Interessen der deutschen Maschinenindustrie, herausgegeben von der Redaktion des „Vulkan“, Frankfurt a/M.; Heilbrunn, Zur Frage des Eigentumsvorbehaltes an Maschinen, in der Monatsschr. f. Handelsrecht und Bankwesen 1906 Nr. 11.

wesentliche Bestandteile der Fabrikgebäude gemäß § 93 BGB. anzusehen seien.

Nach § 93 BGB. sind wesentliche Bestandteile einer Sache solche Bestandteile, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird.

Wir wollen zunächst annehmen, daß die Maschinen in den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen Bestandteile des Fabrikgebäudes seien — auch dies wird unten für die meisten Fälle bestritten werden —: sind sie dann aber auch zugleich wesentliche Bestandteile? Die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil darf, wie jetzt wohl allgemein anerkannt wird, nicht so aufgefaßt werden, als ob es für das Ganze wesentlich sein müßte, daß der Bestandteil nicht getrennt würde, dies träfe außer bei Quantitäten ja wohl bei allen Sachen zu, sondern es kommt darauf an, welchen Einfluß die Trennung auf die Bestandteile selbst ausübt, ob diese zerstört werden resp. ob deren Wesen durch die Trennung verändert wird; es handelt sich, wie die Motive[1]) sagen, um Bestandteile, die ihren wirtschaftlichen Zweck und damit ihren Wert nur in dieser Verbindung haben; wenn also von einer Veränderung des Wesens dieser Bestandteile durch die Trennung die Rede ist, so ist darunter der volkswirtschaftliche Wert zu verstehen[2]): Es soll der Zerstörung volkswirtschaftlicher Werte vorgebeugt werden, daher auch die Unterdrückung besonderer Rechte an solchen Bestandteilen, die zur Trennung führen können.

1) S. Haidlen, Motive bei § 93.

2) So auch Planck, Kommentar zum BGB.[1]; Kuhlenbeck, Kommentar zum BGB., Berlin 1899; Leonhard, Bürgerliches Gesetzbuch, allgemeiner Teil, in seinem Einfluß auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft, Berlin 1900; Hölder, Kommentar zum BGB., München 1900; Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts[3. 4] § 37.

Wollen wir hiernach entscheiden, was wesentlicher Bestandteil ist, so müssen wir im Einzelfalle fragen, was für wirtschaftliche Wertzerstörungen eine Trennung im Gefolge haben würde. Und zwar kommt es, wie Planck richtig bemerkt, darauf an, ob durch die Trennung die Bestandteile wirtschaftlich wesentlich etwas anders werden. Kleine Wertzerstörungen kommen nach ihm nicht in Betracht, denn andererseits liegt die Gefahr vor, daß der Eigentümer in seinem Recht zu leicht benachteiligt wird, und, könnte man hinzufügen, weil man von kleinen Veränderungen, d. h. Wertzerstörungen, nicht sagen kann, daß sie das Wesen verändern. Handelt es sich also darum, zu bestimmen, in welchen Fällen eine Maschine wesentlicher Bestandteil eines Fabrikgebäudes ist, so kommt es nicht darauf an, ob die Maschine für den Fabrikbetrieb wesentlich, d. h. unentbehrlich ist, sondern ob durch die Trennung das Fabrikgebäude oder die Maschine in erheblicher Weise beschädigt werden, resp. ob dadurch der wirtschaftliche Wert eines der beiden Teile oder beider Teile wesentlich beeinträchtigt wird. Die Summe der wirtschaftlichen Werte der getrennten Teile muß im wesentlichen gleich sein dem Wert des Ganzen vor der Trennung; wann dies der Fall ist, richtet sich nach mancherlei Umständen, hauptsächlich danach, mit welchen Kosten das abgetrennte Stück wieder ersetzt werden kann, resp. zu welchen anderen Zwecken der zurückbleibende Teil wirtschaftlich weiter benutzt werden kann, und welchen wirtschaftlichen Wert der abgetrennte Teil behält.

Auch das Reichsgericht bestreitet nicht, das es bei der Frage, ob etwas wesentlicher Bestandteil einer Sache ist, nicht darauf ankommt, welchen Einfluß die Trennung auf das Ganze hat, sondern darauf, welchen Einfluß sie auf die Teilstücke haben würde. Durch eine merkwürdige Konstruktion bringt es aber das Reichsgericht fertig, doch wieder den Einfluß maß-

gebend sein zu lassen, den die Trennung auf die ganze Sache hat. Es deduziert nämlich folgendermaßen[1]: Durch die Entfernung der Spezialmaschinen aus einem Spezialfabrikbetriebe werde allerdings der wirtschaftliche Wert der Maschinen nicht berührt, denn diese könnten in einem ähnlichen Betriebe ebenso gut verwandt werden. Die Fabrik selbst jedoch erleide eine Veränderung ihres Wesens, da sie durch Beseitigung der Maschinen die Fähigkeit verloren habe, ihrer Bestimmung gemäß tätig zu sein. Damit (!) büße aber auch das Gebäude einen großen Teil seines wirtschaftlichen Wertes ein, eben in seiner Eigenschaft als Hauptbestandteil einer durch vollständige Ausstattung zum Erzeugen bestimmter Werte tauglichen Einrichtung.

Nicht ersichtlich ist, warum das Reichsgericht dann nicht zu dem Schlusse kommt, daß auch die Maschinen wesentliche Bestandteile seien, denn als Teile des wirtschaftlich entwerteten Ganzen müssen auch sie mit Notwendigkeit entwertet werden, allerdings weniger als der Hauptteil, das Gebäude, aber doch genau in denselben Verhältnissen. Man würde also, da mit Ausnahme der Quantitäten wohl alle Sachen durch Entfernung von Bestandteilen wirtschaftlich entwertet werden, zu dem Schlusse kommen, daß es kaum Sachen gäbe, deren Bestandteile nicht wesentliche Bestandteile wären. Ich stimme hier den Ausführungen Lenels in der DJZ. a. a. O. zu, wonach es im wesentlichen eben darauf ankommt, ob und mit welchen Mitteln normalerweise für die entfernten Teile Ersatz geschafft werden kann, und ob und zu welchem anderen Zwecke die entfernten Teile normalerweise noch benutzt werden können. Hierbei muß in weitgehendster Weise auf die sich immerfort verändernden Lebensverhältnisse, auf den Stand der Technik, sowie auf Ge-

1) E. vom 16. Febr. 1906 in JW. 1906 S. 190.

bräuche im Handel und Verkehr Rücksicht genommen werden. So kann es kommen, daß Teile einer Sache, die zu einer gewissen Zeit als wesentliche Bestandteile anzusehen sind, dies nach Jahren nicht mehr sind. Dies ist der Fall, wenn die oben angedeuteten Verhältnisse eine solche Wendung nehmen, daß einer früher nicht bestehenden Ersatzmöglichkeit resp. anderweitigen Verwendbarkeit keine Schwierigkeiten mehr im Wege stehen. Auf unseren Fall angewandt ist zu denken an die Leichtigkeit, mit der heutzutage bauliche Veränderungen vorgenommen werden, ferner an den Stand unserer Maschinenindustrie, die selbst die ausgebildetsten Spezialmaschinen in Dutzenden, ja Hunderten von Exemplaren herstellt.

Allen solchen berechtigten Erwägungen bricht das Reichsgericht die Spitze ab mit dem Satze: „Unerheblich ist, daß mit pekuniären Opfern ein Ersatz der entfernten Teile durch andere geschaffen werden kann, denn dies setzt das Vorhandensein pekuniärer Mittel bei dem Eigentümer und den Willen dieses, sie zu verwenden, voraus.“ (Vergl. Urteil vom 16. Febr. 1906 in JW. 1906 S. 190.)

Unzweifelhaft will das Reichsgericht damit nicht sagen, daß dieselben Maschinen jeweils unwesentliche Bestandteile des Fabrikgebäudes seien, jeweils wesentliche, je nachdem der betreffende Eigentümer in der Lage und Willens sei, sie für den Fall der Entfernung durch andere zu ersetzen oder nicht. Der Gedankengang des Reichsgerichts ist vielmehr folgender: Bei der Beurteilung der Frage, welchen Wert die getrennten Bestandteile einer Sache für das Wirtschaftsleben haben, dürfe die Frage nicht unberücksichtigt bleiben, ob die Bestandteile nach der Trennung dem Wirtschaftsleben durch Herstellung neuer Verbindungen auch wirklich wieder zugeführt oder durch Nichtherstellung solcher Verbindungen ihm entzogen würden. Weil aber im voraus nicht gewiß sei, ob das erstere tatsächlich statt-

finden werde, so sei dieser Faktor bei der Wertbeurteilung nicht auf die Aktivseite zu setzen, und damit fehle ein Posten, der zur Werterhaltung notwendig sei.

Solchen Gedankengängen gegenüber ist sicherlich der Einwand berechtigt: wie aber, wenn die nachträglichen Ereignisse dartun, daß tatsächlich eine Weiterverwendung der Bestandteile stattgefunden hat, eine Wertzerstörung also nicht eingetreten ist! Die Berücksichtigung solcher Fälle ist nach den Grundsätzen des Reichsgerichts unmöglich, der Gerechte muß leiden mit den Ungerechten. Und weiter: welcher Rechtslage unterliegt die wirklich getrennte Maschine im Falle ihrer und des Gebäudes tatsächlicher Weiterverwendung? Erstreckt sich die Hypothek an dem alten Gebäude noch auf sie, wie man vor der Trennung annehmen mußte, als es noch ungewiß war, ob eine Weiterverwendung stattfinden würde, oder bekommen die tatsächlichen Verhältnisse recht, welche dartun, daß keine Wertzerstörungen eingetreten sind, woraus zu schließen wäre, daß die Maschine niemals wesentlicher Bestandteil war? Um allen gerecht zu werden, dürfte das Reichsgericht überhaupt erst ein Urteil nach der Trennung abgeben, nicht aber die Möglichkeit der Weiterverwertung einfach außer Ansatz bringen und die Trennung verbieten.

Der Anschauung des Reichsgerichts liegt ein richtiger Gedanke zu Grunde: Bei der Beurteilung des Wertes eines Gegenstandes für das Wirtschaftsleben kommt es allerdings auf die tatsächliche Verwertung an. Man kann dem nicht entgegentreten mit der Behauptung, ein günstig gelegener Bauplatz behalte seinen Wert, möge er als solcher benutzt werden oder als Lagerplatz oder als Park. Allerdings ist der Kapitalwert in allen Fällen derselbe, für das Wirtschaftsleben ist es aber nicht einerlei, ob das Kapital ein totes ist oder ein werbendes.

Nun kommt aber der Fehler des Reichsgerichts: Daß das Kapital ein totes wurde, ist nicht lediglich eine Folge der Eigenschaften der Bestandteile und der Trennung, sondern eine Folge fremder, zu der Trennung hinzutretender Umstände, nämlich des fehlenden Willens oder Vermögens des Eigentümers, das Kapital wieder zu einem werbenden zu machen. Im Falle des § 93 BGB. handelt es sich aber nur um die Folgen der Trennung selbst. Um bei dem oben gewählten Bilde zu bleiben: die Möglichkeit, daß im Einzelfalle keine Wertzerstörungen zu entstehen brauchen, darf bei der Wertberechnung wegen der entgegengesetzten Möglichkeit nicht einfach außer Ansatz bleiben — woraus die oben geschilderten eigenartigen Resultate zu erklären sind — sondern umgekehrt: die Möglichkeit wirklich eintretender Wertzerstörungen muß außer Ansatz bleiben, weil sie in die „Trennungsrechnung" gar nicht hineingehört. Daß diese Rechnung die richtige ist, stellt über allen Zweifel der Wortlaut des § 93 BGB. Es heißt dort: Bestandteile, die nicht getrennt werden „können" (!), ohne daß Wertzerstörungen entstehen rc. Möglich ist es aber in allen nach unserer Ansicht hierher gehörigen Fällen, daß keine Wertzerstörungen entstehen, wenn es auch nicht sicher ist; nur wenn es sicher wäre, würde das Reichsgericht mit seiner Rechnung recht haben. An dem Gebrauch des Wortes „können" scheitert die Anschauung des Reichsgerichts. Sie wäre nur denkbar, wenn es z. B. hieße: Bestandteile, durch deren Trennung Wertzerstörungen „entstehen", obgleich auch in diesem Falle die Ansicht des Reichsgerichts nicht über jeden Zweifel erhaben wäre, weil eben die Schäden nicht durch die Trennung entstehen, sondern durch andere hinzutretende Umstände.

II. Man hat dem Reichsgericht ferner mit Recht vorgeworfen — daß seine Entscheidung auf einer Verkennung des

Begriffs der selbständigen Sache beruhe. Auch ich stehe nicht an, zu behaupten, daß die Maschinen — Aehnliches gilt von weitaus den meisten in einem Gebäude angebrachten Mobilien, wie Badewannen, Beleuchtungsanlagen, Theaterbänken u. s. w. — fast oder überhaupt in allen dem Reichsgericht unterbreiteten Fällen nicht nur nicht wesentliche Bestandteile der Fabrikgebäude waren, sondern nicht einmal einfache Bestandteile derselben.

Den Begriff der selbständigen „Sache" macht man sich am besten klar, wenn man ausgeht von dem Begriff des Bestandteils, indem man sagt: „Bestandteil ist alles, was zusammen mit anderen Teilen ein selbständiges Ganze im Sinne von Verkehr und Recht bildet." Wann danach mehrere Teile einer ganzen Sache, wann mehrere ganze Sachen vorliegen, kann im einzelnen Falle sehr zweifelhaft erscheinen. Jedenfalls ist der Teilbegriff kein fest fixierbarer Rechtsbegriff, sondern ein dem Wechsel der Lebensverhältnisse unterliegender Anschauungsbegriff, den zu bestimmen nur Aufgabe der jeweiligen Lebensanschauung sein kann. Keineswegs ist sich nun die Lebensanschauung immer darüber einig oder überhaupt recht klar, wo hier die Grenzen zu ziehen sind; doch ist dies auch nicht so wichtig. Der einfache Bestandteil wird in den meisten Fällen denselben rechtlichen Schicksalen unterliegen wie das Zubehör[1]). Zu entscheiden, ob etwas unter einen von

---

1) Die Frage fällt in das obligationenrechtliche Gebiet. Es ist dies eine Folge des Umstandes, daß an einfachen Bestandteilen besondere Rechte möglich sind. Sowohl Teile als Pertinenzen können ausdrücklich mitverkauft oder vom Verkauf ausgenommen werden. Ist aber nichts bestimmt, so entsteht auch keine Schwierigkeit, denn auch das Zubehör teilt im Zweifel das Rechtsschicksal des Ganzen. Die Unterscheidung kann nur von Wichtigkeit werden, wenn etwas verkauft ist ohne Zubehör. Ein solcher Fall wird aber schon deshalb zu den Seltenheiten gehören, weil man dann nicht unterlassen wird, das Zubehör genauer zu bezeichnen. Die Römer bezeichneten denn auch Zubehör und Bestandteile unterschiedslos mit den Ausdrücken quasi pars oder pars; siehe darüber unten Näheres.

beiden Begriffen fällt, ist allerdings wichtig und wird schon eher gelingen als die Bestimmung, ob etwas nun gerade Bestandteil ist oder ob es Zubehör ist. Wichtig wird die Bestimmung des Bestandteilsbegriffes erst, wenn es sich darum handelt, die Grenze zu ziehen für den Begriff des wesentlichen Bestandteiles, der im Gegensatz zum Zubehör und einfachen Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein kann.

Auch in unserem Falle könnten wir uns der Mühe überheben, festzustellen, ob und wann Maschinen mit dem zugehörigen Gebäude eine Sache oder mehrere selbständige Sachen darstellen, da wir die Maschinen ja nach dem unter I. Ausgeführten sicherlich nicht als wesentliche Bestandteile ansehen können. Trotzdem sei hier darauf eingegangen, um der Auffassung des Reichsgerichts ganz und gar den Boden zu entziehen, und um zu zeigen, wie sehr es sich mit der Lebensanschauung in Widerspruch setzt.

Gehen wir aus von der eingangs dieses Abschnittes aufgestellten Definition des Begriffes „Bestandteil", so wird man sagen müssen, daß man etwas aus einem größeren Ganzen nur solange unter den wirtschaftlich minderwertigeren Begriff Bestandteil bringen darf, als er im wirtschaftlichen Leben für sich allein noch keine selbständige Bedeutung hat. Sobald er durch den Hinzutritt des noch Fehlenden diese Bedeutung erlangt, tritt er aus der Rolle des unselbständigen Bestandteiles heraus und wird für Verkehr und Recht zur selbständigen Sache. Wo hier die Grenzen ziehen sind, kann, wie erwähnt, im einzelnen Falle zweifelhaft erscheinen. Wenn das Reichsgericht aber Maschinen für unselbständige Teile eines Fabrikbetriebes erklärt, so macht es jedenfalls einen Fehler[1]: Es sagt nämlich im Urteil vom 16. Februar 1906 (JW. 1906

1) Ich verweise auf Oertmann a. a. O.

Nr. 7 S. 190 Spalte 1); „der Zweck der Einrichtung, bei gewerblichen Einrichtungen der gewerbliche Zweck, bestimmt wirtschaftlich wie rechtlich den Charakter der Sache. Sie erhält unter seiner Herrschaft ihre Einheitlichkeit; Zweck und Mittel zu seiner Verwirklichung geben dem danach gestalteten Objekt die Eigenschaft eines Ganzen"; und weiter unten: „Als begrifflich notwendig erscheinen alle diejenigen Teile des Ganzen, die durch ihren Zusammenhang die Sache in ihrer angegebenen Bedeutung bilden und deren keiner fehlen kann, ohne daß sie den Charakter der Vollständigkeit verlieren würde".

Allerdings können mehrere Objekte durch einen gemeinschaftlichen wirtschaftlichen Zweck zu einem größeren Ganzen werden, und zweifellos werden es auch die Maschinen und sonstigen Einrichtungen zusammen mit dem Fabrikgebäude in den dem Reichsgericht unterbreiteten Fällen. Wer sagt uns aber, daß die so entstandene wirtschaftliche Einheit auch eine Sacheinheit im Sinne von Verkehr und Recht bildet? Das Reichsgericht kommt zu diesem Schlusse, indem es möglichst viel Sachen unter einen Hut bringt, möglichst vielen Sachen ihre wirtschaftliche Selbständigkeit aberkennt und sie auf den wirtschaftlich unselbständigeren und damit schwerfälligeren Standpunkt von Bestandteilen herabdrückt. Das Reichsgericht verschiebt dabei vollkommen die Fragestellung. Nicht darum handelt es sich, wieviel Einheiten einer Mehrheit man noch zu einem selbständigen Sachbegriff verkoppeln kann, sondern wieviel selbständige Sachbegriffe man in der Mehrheit finden muß. Nicht an der Peripherie darf man anfangen, um möglichst bald an einer Grenze Halt zu machen, sondern im Zentrum, um in dem großen Kreise möglichst viel selbständige kleinere Kreise zu finden. Ohne Not dürfen wir einem der Selbständigkeit fähigen Gebilde die Selbständigkeit nicht absprechen und es zur Rolle des wirtschaftlich Unselbständigen degradieren. Es klingt

allerdings sehr wirtschaftlich, wenn das Reichsgericht seinen wirtschaftlichen Gesichtspunkt ins Feld führt. Zu welch unwirtschaftlichen Resultaten aber solches führt, lehrt der Erfolg. Richtige wirtschaftliche Erwägungen würden dazu führen, jeder Sache möglichst lange ihre Selbständigkeit zu lassen, denn das ist das Naturgemäße, wohin jede Sache strebt, weil dahin die Interessen ihrer Eigentümer streben.

Nach dem Ausgeführten kann meines Erachtens kein Zweifel obwalten, daß die Maschinen eines Fabrikgebäudes trotz ihrer Anbringung in dem Gebäude selbständige Sachen sind und bleiben. Die Maschinen bleiben trotz dieser Verbindung vollwertige [1]) Maschinen, die entweder in jedem anderen maschinellen Betriebe oder doch in einem ähnlichen Betriebe voll verwertbar sind, und dasselbe ist von dem Fabrikgebäude zu sagen.

Die feste Verbindung zwischen Maschine und Fabrikgebäude kann die oben getroffene Entscheidung nicht anders ausfallen lassen, sie ist gegenüber der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Sachen etwas ganz Belangloses, besonders in einer Zeit, wie der heutigen, wo man aus dem Loslösen einiger Fundamente oder selbst dem Einreißen einiger Mauern kein Aufheben macht. Es müßten denn auch wirtschaftlich ganz heterogene Objekte durch intensive Verbindung zu einheitlichen Sachen werden, z. B. die Feuermelder oder Briefkasten, die an den Häusern angebracht sind, zusammen mit den Häusern.

---

1) Daß sie im Falle eines Weiterverkaufes nicht mehr den Preis neuer Maschinen erzielen, spricht nicht gegen unsere Ausführungen. Die einmal gekauften Maschinen würden an Verkaufswert ebenso verlieren, wenn sie noch gar nicht in dem Gebäude angebracht gewesen wären, ja selbst dann, wenn sie inzwischen die Herstellungsfabrik noch gar nicht verlassen hätten; es kommt hier nicht auf den Verkaufswert, sondern auf den Gebrauchswert, auf den wirtschaftlichen Wert, an.

Der Lebensanschauung entspricht dies gewiß nicht. Auch findet eine solche Ansicht keinerlei Grundlage im geltenden Recht[1]).

Ich glaube kaum, daß das Reichsgericht bei einer Abstimmung in den maßgebenden Kreisen — und nur deren Urteil kann für den Sachbegriff bestimmend sein — viel Stimmen auf seine abweichende Ansicht vereinigen würde. Die Stimmen der unteren Gerichte, die sich seiner Ansicht anschließen, möge es gar nicht ins Feld führen. Daß diese beinahe gezwungen sind, aus Opportunitätsgründen dem Reichsgericht Gefolgschaft zu leisten, liegt klar auf der Hand. Das Reichsgericht kann dem auch nicht entgegenhalten, daß, wollte man den Begriff „Sache" so leicht als gegeben annehmen, unglaubliche Resultate die Folge sein würden, man müsse dann auch dem Balken im Hause die Qualität einer selbständigen Sache zusprechen, er könne nicht mehr als unselbständiger Teil des Hauses betrachtet werden, denn es sei sehr wohl denkbar, daß z. B. ein leicht entfernbarer Dachbalken weggenommen, verkauft und anderweitig verwendet werde.

Allerdings war der Balken vor seiner Verwendung eine selbständige Sache, nachdem er aber einmal für einen bestimmten Gebrauch zugeschnitten oder ausgesucht und benutzt ist, hat er seine Selbständigkeit eingebüßt, er ist für das Verkehrsleben nicht mehr ein überall verwendbarer Baubalken, wenn er auch in diesem oder jenem speziellen Falle wegen zufällig gleicher Maße ebenso gut verwendbar sein sollte wie an seinem alten Platze. Niemandem wird es einfallen, den verbauten Balken noch als selbständige Sache zu betrachten. Trotz des ähnlich

1) Die entgegengesetzte Anschauung findet man vielfach in juristischen Abhandlungen vertreten (vergl. z. B. noch kürzlich Oertmann a. a. O.), sie ist eine Folge der historischen Entwickelung, deren Irrtümlichkeit sich aus dem zweiten, historischen Teil der Arbeit ergibt, eine Folge falscher Auffassung des Satzes: omne quod inaedificatur solo cedit.

liegenden Sachverhaltes wird hier die Lebensanschauung anders entscheiden als bei einer verbauten Maschine; der Wert der verschiedenen Objekte und die Verkehrsgewohnheit bewirken hier die unterschiedliche Entscheidung.

III. Haben wir in obigem gesehen, daß Maschinen, will man den Lebensanschauungen nicht Gewalt antun, nicht als Bestandteile, sicherlich nicht als wesentliche Bestandteile der Fabrikgebäude anzusehen sind, so bleibt noch übrig, die Anschauung des Reichsgerichts zurückzuweisen, als ob Maschinen zur Herstellung des Fabrikgebäudes gedient hätten und deshalb gemäß § 94 Abs. 2 BGB. doch wieder als wesentliche Bestandteile gelten müßten. Ich beziehe mich hier auf die Ausführungen von Fürst a. a. O., welcher ausführt, daß es nicht dem Sprachgebrauch des Lebens entspricht, wollte man sagen, die Maschinen hätten zur Herstellung des Fabrikgebäudes gedient.

Ich gebe zu, daß man verschiedener Auffassung sein kann, und es heißt Behauptung gegen Behauptung stellen, wenn die einen sagen, wir verstehen unter Gebäude lediglich das, was der Bauhandwerker mit Baumaterialien errichtet hat, und wenn das Reichsgericht sagt, ich verstehe unter Gebäude das Bauwerk nebst den darin angebrachten technischen Betriebseinrichtungen.

Allerdings würde mich folgender Gedanke veranlassen, Partei gegen das Reichsgericht zu ergreifen: § 94 BGB. stellt nichts dar als eine Unterart zu § 93 (vergl. dazu Lenel a. a. O. S. 50), setzt also voraus, daß das „Hergestellte“ eine einheitliche Sache darstellt. Solches mußten wir aber oben bei Fabrikgebäude und Maschinen verneinen. Daß § 94 neue Regeln über die Findung des Sachbegriffes aufstellen will, ist mindestens zweifelhaft.

Bei der Frage, welcher Ansicht man sich anschließen will, darf aber vor allem ein Gedanke nicht außer acht gelassen werden: Da nach dem Wortlaut des Gesetzes beide Auslegungen möglich sind, so handelt es sich für uns nicht darum, ob man sich der dem Reichsgericht entgegengesetzten Anschauung anschließen muß, sondern ob man sich ihr anschließen kann, ohne sich mit dem übrigen Inhalt des Gesetzes oder mit irgend welchen schutzwürdigen Interessen in Widerspruch zu setzen.

Wir sahen, daß die Ansicht des Reichsgerichts für die zunächst in Betracht kommenden Interessenten, nämlich den Lieferanten und den Bezieher der Maschine, nur Nachteile im Gefolge hatte. Man hat nun versucht, die Ansicht des Reichsgerichts deshalb als notwendig hinzustellen, weil es im Interesse gutgläubiger Erwerber dinglicher Rechte an dem Fabrikgrundstücke liege, daß sie sich darauf verlassen könnten, daß auch die eingefügten Maschinen ihrem erworbenen Rechte unterlägen [1]). Wieso man zu einer solchen liebevollen Fürsorge für diese Personen gekommen ist, hat noch niemand ergründen können. Jedenfalls stellen solche Rücksichten eine vollkommene Verschiebung des Gesichtspunktes dar, welcher der historischen Entwickelung der in Frage stehenden Rechtssätze zu Grunde liegt [2]). Alle Sätze, die ein Trennungsverbot enthalten, wollen wirtschaftliche Wertzerstörungen verhindern, indem sie den derzeitigen Eigentümer der Sache des Zwanges entheben, gegen seinen Willen eine Trennung vorzunehmen. Lediglich um den Schutz des derzeitigen Eigentümers der Sache gegen Ansprüche Dritter handelt es sich, nicht um den Schutz etwaiger anderer Personen. Ein Schutz, der über die Person des Eigentümers hinausginge, wäre auch ein Schlag ins Wasser, denn den Eigentümer selbst kann niemand hindern, wenn er will, die

1) Vergl. z. B. Haidlen, Motive zu § 94.

2) Vergl. hierzu Krückmann, Wesentlicher Bestandteil rc. 40.

Trennung vorzunehmen, oder von den dritten Personen vornehmen zu lassen. Natürlich haben von dem Schutze des Eigentümers die Rechte Dritter auch ihren Vorteil, jedoch hat die Entstehung der fraglichen Rechtssätze nicht hierin ihren Grund, und kann dieser Vorteil nicht entscheidend für die Frage sein, wie weit das Trennungsverbot auszudehnen ist, mögen auch bei den Beratungen des Gesetzes derartige Gedanken zum Ausdruck gekommen sein.

Nur kurz kann ich hier einen Gedanken berühren, der sicherlich nicht ohne Einfluß auf die Auffassung des Reichsgerichts gewesen ist. Die Entstehungsgeschichte des bürgerlichen Gesetzbuches scheint dem Reichsgericht recht zu geben, denn § 94 sprach in seiner ursprünglichen Fassung ausdrücklich nur von Baumaterialien, welche Beschränkung man in der endgültigen Fassung hat fallen lassen. Das Gesetz selbst scheint danach die engere Auslegung des Gebäudebegriffes reprobiert zu haben. Ich kann hier auf diesen Umstand nur kurz hinweisen und behalte mir vor, weiter unten ausführlicher darauf zurückzukommen, und seine Beweiskraft zu widerlegen.

IV. Das Reichsgericht hat aber noch einen dritten Grund in Reserve, um Maschinen als wesentliche Bestandteile des Fabrikgebäudes erscheinen zu lassen. Es wendet nämlich den Satz des § 94 BGB.: „Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstückes gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen", auch dann an, wenn diese Verbindung eine mittelbare durch ein Gebäude ist (vergl. Urteil vom 5. März 1902 im ERG. 50, 43).

Gegen eine solche Auslegung des § 94 muß jedoch protestiert werden. Der § 94 zählt ganz erschöpfend die überhaupt möglichen Verbindungen zwischen Beweglichem und Unbeweglichem auf und unterscheidet dabei streng zwischen Grundstücken und Gebäuden. Eine Vermengung beider Fälle, wie sie das Reichsgericht für möglich hält, ist schon nach dieser offenbaren

Absicht des Gesetzes unzulässig, und um so mehr unzulässig, als die physikalischen Vorgänge bei der Verbindung und die Tragweite einer Trennung in beiden Fällen durchaus verschiedene sind. Jedenfalls sollte man nicht zu solchen an sich nicht naheliegenden, mindestens nicht notwendigen Auslegungen greifen, wenn sie zu so unbefriedigenden Resultaten führen, wie vorliegenden Falles.

Zum Schluß dieser Darlegungen sei noch eine Bemerkung allgemeiner Natur gestattet. Augenscheinlich strebt das Reichsgericht dahin, den Begriff des wesentlichen Bestandteils nach Möglichkeit auszudehnen. Wie aber schon die seitherigen Betrachtungen bewiesen haben, ist der wirtschaftliche Wert der Lehre vom wesentlichen Bestandteil sehr problematischer Natur. Das Trennungsverbot ist ein zweischneidiges Schwert. Mag es in manchen Fällen von wirtschaftlichem Werte sein, so wird es in anderen zur wirtschaftlichen Unnatur. Sicherlich würde man dem Rechtsleben einen Dienst erweisen, wenn man den Begriff nicht zu weit ausdehnen würde. Sollte man sich dabei in der Kunst freier Auslegung beschränkt fühlen, so denke man nur an die Anfechtungslehre wegen Irrtums, wo Utilitätserwägungen noch ganz andere Einschränkungen bewirkt haben. Gerade die Lehre vom wesentlichen Bestandteil ist aber ihrer Natur nach der äußersten Elastizität fähig.

Das Reichsgericht glaubt wirtschaftlich zu handeln, wenn es das entgegengesetzte Prinzip vertritt, es kommt aber zu Resultaten, die jeden veranlassen müßten, auszurufen: Gott bewahre mich vor der wirtschaftlichen Fürsorge der Juristen.

Zweiter Teil.

Wenn das Reichsgericht trotz aller gegen seine Ansicht vorgebrachten Argumente an seinem Standpunkt festhalten zu müssen geglaubt hat, so steht es dabei meines Erachtens bewußt oder unbewußt unter dem Einfluß einer alten Tradition.

Es handelt unter dem Einfluß des Satzes, der die bezügliche Materie des gemeinen Rechts beherrschte: superficies solo cedit oder, was dasselbe bedeutet: omne quod inaedificatur solo cedit. Dieser in den Quellen häufig wiederkehrende Satz wurde von Theorie und Praxis stets dahin ausgelegt, daß jedes Mobile, sofern es mit einem Immobile in die nötige bauliche Verbindung trete, mit diesem und dem Grund und Boden ein einheitliches Ganze bilde dergestalt, daß die besonderen Rechte an dem eingebauten Mobile wenigstens für die Dauer der Verbindung zum Erlöschen gelangten. Verlangt werden konnte die Trennung nicht, sondern es konnte, abgesehen von den Fällen zufälliger Lösung oder freiwilliger Trennung durch den Gebäudeeigentümer, nur Wertersatz gefordert werden.

Diese Regeln haben sich unter der Herrschaft des gemeinen Rechts unbeschränkte Geltung zu verschaffen gewußt. Von den Lehrbüchern wurde der erwähnte Satz in der dargelegten Ausdehnung wie eine einmal vorhandene Größe, deren Dasein gar nicht mehr des Beweises bedarf, übernommen. Nur über die Art der baulichen Verbindung bestanden Meinungsverschiedenheiten.

Die herrschende Theorie[1]) legte den Hauptwert auf die Festigkeit der Verbindung und verlangte, ausgehend von dem Begriff „inaedificare" eine derartige Verbindung, daß die eingebaute Sache dadurch ihre selbständige Existenz aufgebe und zum integrierenden Bestandteil des Immobile werde. Es sei also, so folgerte man, ein solcher Grad von Festigkeit bei der Verbindung zu verlangen, daß die Trennung eine Beschädigung des Gebäudes zur Folge haben würde. Der Satz sei im Interesse der Erhaltung von Bauwerken aufgestellt, daraus gehe hervor, daß eine kleine Beschädigung nicht genügen könne,

1) Vergl. Windscheid, Pandekten[8] Bd. 1 § 188, sowie Baron, Pandekten[9] § 139.

um das Trennungsverbot in Wirksamkeit treten zu lassen. Wenn daher als Folgen der Trennung nur einige Schrauben und Klammern gelöst werden müßten, oder nur die Bekleidung der Wand leide, so liege kein Grund vor, die Trennung zu verhindern, denn der Schaden sei mit leichter Mühe zu beseitigen. Wohl dagegen finde das Trennungsverbot Anwendung, wenn Teile des massiven Mauerwerks selbst herausgenommen werden müßten.

Andere hielten die intensive bauliche Verbindung für das weniger Wichtige[1]) und sagten, von sehr viel größerer Bedeutung sei das innere Verhältnis zwischen Mobile und Immobile. Für die Frage, ob gemäß dieses inneren Verhältnisses das Mobile als Bestandteil des Gebäudes anzusehen sei, sei die Art und Bestimmung des Gebäudes von entscheidendster Bedeutung. Für das städtische Wohngebäude gelte etwas anderes als für ein Bauernhaus, für die Kirche etwas anderes als für das Theater, für die Schule etwas anderes als für die Fabrik und das Schlachthaus. Auf Grund dieser inneren Verbindung kommt der Hauptvertreter dieser Theorie, Biermann, dann zu dem Resultat, daß folgende Gegenstände dem Satze omne quod inaedificatur solo cedit, also dem Trennungsverbot, unterliegen: bei den Badeanstalten die befestigten Badewannen (und zwar nicht nur die eingemauerten), beim Theater die an den Dielen angeschraubten Sitze und der Bühnenvorhang, bei den Trockenschuppen der Ziegeleien die darin befestigten Gerüste; ferner die Stellwerke der Weichentürme, das Schaufelrad der Wassermühle, auch das Triebwerk und die Sägeeinrichtung, in den meisten Fällen auch die Maschinen unserer Fabriken, denn diese seien eigentlich die Hauptsache, und das Gebäude würde durchaus den Maschinen angepaßt und auf sie zugeschnitten.

Noch andere nahmen eine vermittelnde Stellung ein.

---

1) Vergl. Biermann in IheringsJ. 34, 203; Dernburg, Pandekten⁵ Bd. 1 § 208 Anm. 1.

Kohler (in IheringsJ. 26, 35) stellt folgende Sätze auf: „Immobile, d. h. integrierender Teil des Bodens ist alles, was zum Hause gehört, also alle Dinge, welche mit dem Gebäude in physischer Verbindung stehen und dazu dienen, das Haus zu vervollständigen, d. i. dasjenige zu bieten, was zur Bestimmung des Hauses als solchem gehört; sie sind es auch, wenn die physische Verbindung keine besonders innige ist. So sind dahin z. B. bei den industriellen Bauwerken diejenigen Sachen zu zählen, welche nötig sind, um das industrielle Gebäude seinem industriellen Charakter entsprechend zu vervollständigen, so z. B. die Räder der Wassermühle, die Flügel der Windmühle, die angeschraubten Maschinen der Fabriken u. s. w." Damit stellt sich Kohler auf den Standpunkt Biermanns. Teile des Bauwerks sind nach ihm aber außer diesen, wie er später sagt, „charakteristischen" Gebäudeteilen zweitens „alle die Dinge, die mit dem Hause in eine der Bautechnik entsprechende innige Verbindung treten, in eine Verbindung, welche bewirkt, daß der Gegenstand mit den begriffsmäßigen Teilen des Hauses ein Ganzes bildet, daß es ebenso anzusehen ist, als wäre er ein, aus den integrierenden Hausbestandteilen hervortretender oder sich innerlich entwickelnder Faktor ihres eigenen Selbst. Von diesem Gesichtspunkte aus gehört hierher nicht dasjenige, was lediglich in die Mauer eingeschraubt und eingenagelt ist, wohl aber gehört dahin das Eingemauerte. Es gehören dahin die Dampf- und Wasserleitungsröhren, die Gasröhren, ferner die eingemauerten Statuen, die Stukkaturen, Wandschränke, das Tafelwerk, die eingemauerten Kochherde, die eingemauerten Maschinen, Wasserbehälter u. s. w. Die Teileigenschaft beruht hier lediglich auf der physischen Kohärenz." Das ist im wesentlichen der Standpunkt, wie er von der herrschenden Theorie und Praxis eingenommen wird.

Neben diesen Theorien wurden noch andere aufgestellt, die auf mehr oder minder originelle Weise die Erfordernisse festzu-

stellen suchten, die an eine Verbindung von Mobile und Immobile gestellt werden müßten, damit darauf der bekannte Satz Anwendung finde.

Ich kann diese sämtlichen Theorien kurz übergehen. Sie haben sich niemals Geltung zu verschaffen gewußt, und der Kreis ihrer Vertreter ist kaum über die Personen der Erfinder hinausgegangen [1]).

Die Praxis der höchsten Gerichte stellte sich auf den Standpunkt der zuerst geschilderten als herrschend bezeichneten Theorie. Insbesondere bei der Frage nach der Gültigkeit des Eigentumsvorbehaltes an den einem Fabrikgebäude eingefügten Maschinen hat sie einem solchen Vorbehalte die Wirksamkeit versagt, sobald die nach der herrschenden Theorie erforderlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Satzes: omne quod inaedificatur solo cedit vorlagen.

Trotz dieser allgemeinen Anwendung hat der erwähnte Satz wenigstens in dem von der Theorie und Praxis vertretenen Umfange weder im römischen noch im gemeinen Recht je Gültigkeit gehabt und ist lediglich auf eine mißverständliche Auslegung der Quellen zurückzuführen. Schon das römische Recht entschied genau so, wie man es außer dem Reichsgericht heutzutage allgemein für erwünscht hält. Aus den Quellen geht mit aller Deutlichkeit hervor, daß sie den Satz: omne quod inaedificatur solo cedit nur auf Baumaterialien im eigentlichen Sinne des Wortes angewandt wissen wollten, keineswegs auf sonstige Mobilien, wenn sie mit dem Hause auch in noch so enger baulicher oder wirtschaftlicher Zugehörigkeit standen. Nur ein Mißverstehen der Quellen hat dem römischen Recht die Auslegung gegeben, welche man ihm noch heute als Fehler vorwirft.

1) Vergl. das Nähere bei Schumacher, Zur Lehre vom tignum junctum, Bonner Diss. 1882 S. 31 ff.

Ich werde mich in folgendem bemühen, die Richtigkeit dieser Ansicht an der Hand der Quellen darzutun.

Zunächst erwähnen die Quellen auch nicht einen positiven Fall, in dem sie den erwähnten Satz auf andere Mobilien als Baumaterial zur Anwendung bringen. Allerdings wird es nicht schwer halten, Stellen zu finden, in denen ein mit einem Gebäude verbundener Gegenstand als pars aedificii, wofür es auch oft heißt „aedium est“, bezeichnet wird, so z. B. l. 38 § 2 D. 19, 1, wo die Rede ist von fistulae, quae de plumbeo castello sub terram missae aquam ducerent in aenum lateribus circumstructum („ringsummauert“). Proculus meint von diesen: nonne propius est, ut inserta et inclusa aedificio partem eius esse existimemus? l. 17 § 3 ss. D. 19, 1 wendet den Ausdruck aedium esse von folgenden Gegenständen an: tabulae pictae pro tectorio inclusae („als Wandfüllung dienend“) crustae marmoreae, fistulae perpetuo positae, castella plumbea, putea, opercula puteorum, epitonia fistulis adplumbata (aut quae terra continentur, quamvis non sint adfixa), ferner sigilla, columnae, personae, ex quorum rostris aqua salire solet. Ferner werden in l. 12 § 23 D. 33, 7 sigilla und statuae adfixae als portio domus, specularia adfixa als pars domus bezeichnet. l. 21 D. 33, 7 spricht von Mühlen und sagt: de molis tum quaeri solet, num ita adfixae, itave inaedificatae sint, ut partes aedificiorum esse videantur. Weiter heißt es in l. 26 D. 33, 7, daß dolia fictilia und plumbea dann „aedium sunt“, si ita illigata sunt aedibus ut ibi perpetuo positae sint.

Alle diese Gegenstände werden als pars aedificii bezeichnet; ferner stimmen alle Stellen darin überein, daß auf einen gewissen Grad der Verbindung Wert gelegt wird, der dahin gekennzeichnet ist, daß aus ihm hervorgehen muß, ut res ibi perpetuo positae sint, d. h. die Verbindung muß eine

derartige sein, daß sie nicht nur als vorübergehenden Zwecken dienend erscheint. Die Art der Verbindung wird als gleichgültig hingestellt, ein sub terram mittere (bei den fistulae) genügt ebenso wie ein adfingere (bei den tabulae pictae pro tectorio inclusae und den specularia), bei den dolia fictilia wird verlangt, daß sie illigata oder terra adgesta sind, bei den molae olivariae wird von inaedificare gesprochen. Welche Schlüsse können wir aus diesen Angaben ziehen, resp. können wir überhaupt einen Schluß daraus ziehen?

Sicherlich liegt es nahe, folgendermaßen zu schließen[1]: Es handelt sich darum, liegen in den angezogenen Beispielen Inädifikationen vor? Das Wort inaedificare wird nun zwar nicht immer angewandt, aber es ist ja das Wesen der Inädifikation, daß der inädifizierte Gegenstand nicht vindiziert werden darf, d. h. daß eine Einheit entsteht, deren Bestand vom Recht anerkannt und besonders geschützt wird, deren Teil also der inädifizierte Gegenstand geworden ist. Wenn nun die angeführten mit dem Gebäude verbundenen Gegenstände als partes aedificii bezeichnet werden, so könnte man daraus folgern, daß eben die vom Gesetz geschützte Einheit durch die Verbindung entstanden ist, daß also Inädifikationen vorliegen. Dies zu folgern liegt um so näher, als ja gerade der Grad der Verbindung das ist, was jene Sachen zu partes macht, ein Grad, der dahin gekennzeichnet ist: die Verbindung der Gegenstände muß derart sein, ut ibi perpetuo positae sint. — Und doch beruht dieser naheliegende Schluß auf einem Irrtum.

Sehen wir uns nämlich die zitierten Stellen genauer an, so finden wir, daß es sich unter keiner Bedingung um „Inädifikationen" handeln kann, wie könnte es sonst Proculus (in l. 38 § 2 D. 19, 1) in erster Linie dem Willen der Parteien überlassen, ob die fistulae sub terram missae als mitverkauft

1) Dieser Schluß ist denn auch gezogen worden, man vergl. z. B. Biermann in Iherings J. 34, 203.

gelten sollen oder nicht; denn wenn es sich um Inädifikationen, also dem Trennungsverbot unterworfene Bestandteile handelte, so würde ein Eigentumsvorbehalt ungültig sein, cum res inaedificata aedium condicionem secuta inutilem faciat intentionem (vergl. l. 17 D. 8, 4). Dasselbe ist zu sagen von l. 17 D. 19, 1 de actione empti venditi: auch die hier erwähnten sigilla, statuae, crustae marmoreae etc. können vorbehalten werden und unterliegen dann nicht dem Trennungsverbot, sind also keine Inädifikationen[1]). Man könnte mir entgegenhalten, die zitierten Stellen hätten nur den Fall im Auge, wo die Tradition noch nicht vollzogen wäre, vor derselben könne aber der Verkäufer sich auch an Inädifikationen das Eigentum vorbehalten und Trennung vornehmen. Einer solchen Auffassung widerspricht aber die allgemeine Fassung der Quellen; wäre von Inädifikationen die Rede, so hätte Proculus in l. 38 § 2 D. 19, 1 sicherlich nicht versäumt, auf dieses eigentümliche Institut hinzuweisen und zu bemerken: „falls bereits die Tradition erfolgt ist, ist selbst ein ausdrücklicher Vorbehalt unwirksam".

Der Grund unseres Irrtums ist folgender. In den angeführten Stellen kommen allerdings Gegenstände vor, die man unbedingt als Bestandteile des Gebäudes bezeichnen muß, so die crustae marmoreae, die sigilla, ferner die columnae und wohl auch die an den Dächern angebrachten Wasserspeier, die sogenannten personae ex quorum rostris aqua salire solet. Anderseits ist aber nicht zu verkennen, daß Gegenstände mit der Bezeichnung pars oder „aedium esse" belegt werden, die wir niemals als Bestandteile des Hauses, als mit dem Hause eine Sache bildend, anerkennen würden: so die fistulae sub terram missae, ferner die castella plumbea, die putea und opercula puteorum; ja in der l. 17 D. 19, 1 werden sogar

1) Daß die Eviktion einer mit einem Hause verbundenen columna tatsächlich gestattet war, ergibt sich aus l. 23 D. 41, 3.

serae, claves und claustra hierhergerechnet, Dinge, die mit dem Gebäude in gar keinem körperlichen Zusammenhang stehen. Kurz und gut, wir finden, daß pars und aedium esse nicht die reine Bestandteilseigenschaft bedeuten kann, sondern eine Zugehörigkeit, umfassend Pertinenzen und Sachteile in dem Sinne, daß die so bezeichneten Sachen bei Rechtsgeschäften über das Ganze im Zweifel an den Rechtsschicksalen des Ganzen teilnehmen; und wenn auf einen gewissen Grad der Verbindung Wert gelegt wird, so ist dies dahin zu verstehen, daß die körperliche Verbindung derartig sein muß, daß daraus auf die dauernde Zweckbestimmung und damit auf die in Frage stehende Zugehörigkeit geschlossen werden kann. Diese Auffassung von pars wird bestätigt durch l. 13 § 31 D. 19, 1, wo es heißt: aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium, vel propter aedes habentur, ut puta putealia.

Noch vorsichtiger muß man sein, wenn die Bezeichnung pars in Verbindung mit Legaten gebraucht ist. Nach einem Sct. von 122, Aviola et Pansa consulibus, ist es nämlich untersagt, haec legari, quae non alias praestari possunt, quam ut aedibus detrahantur vel subducantur, und alle Dinge, die hierher gehören, werden mit Rücksicht auf das Legatsverbot ebenfalls als quasi portio bezeichnet. Nach l. 41 § 9 ss. D. de legat. I gehören dahin fistulae, castella, columnae, tabulae adfixae vel parietibus adiunctae, statuae quae inhaerent parietibus aut quae alias existant (d. h. die auf einem besonderen Postament, vielleicht zu beiden Seiten des Einganges, stehen), nam mens senatus plenius accipienda est, ut, si qua ibi fuerint perpetua, quasi portio aedium distrahi non possint. Hier werden in bunter Reihenfolge mit der Bezeichnung pars belegt: Bestandteile wie sigilla und statuae, quae parietibus inhaerent; Pertinenzen in unserem Sinne, wie z. B. fistulae und castella, ferner aber auch

Gegenstände, die weder Bestandteile noch Pertinenzen in engerem Sinne sind, z. B. die **statuae quae alias existant** und die **tabulae parietibus adfixae**, welche nach der ausdrücklichen Bestimmung der l. 245 D. 50, 16 weder Bestandteile noch Pertinenzen des Hauses sind, **ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur**. Wenn daher in l. 21 und 26 D. 33, 7 die **molae olivariae, quae adfixae inaedificataeque sunt fundo**, und die **dolia, quibus terra adgesta est**, als **partes** resp. **res aedium** bezeichnet werden, so geht daraus weder hervor, daß diese Dinge Bestandteile, noch daß sie Pertinenzen sind, sondern nur, daß sie so verbunden sind, **ut non alias praestari possint, quam ut aedibus detrahantur vel subducantur** im Sinne des Sct. von 122. Daß die **dolio defossa** in der Tat beides nicht sind, geht aus l. 17 D. 19, 1 hervor, wo die **vasa vinaria torcularia defossa** ebenfalls nicht als Pertinenzen angesehen werden, **quoniam instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent**.

Wir sehen also, die angeführten Stellen geben uns wegen der vielseitigen Bedeutung des Wortes **pars** keinen Aufschluß darüber, welcher Art die Verbindung sein muß, damit das Verbundene als Inädifikation und damit als Bestandteil des Gebäudes erscheint; und dennoch ist unsere Mühe nicht vergebens gewesen.

Die angeführten Stellen sagen uns nämlich zweierlei: erstens, daß die Römer Fälle baulicher Verbindung von Mobilien mit einem Gebäude kannten, auf die sie keineswegs das Trennungsverbot oder die Regel **omne, quod inaedificatur, solo cedit**, zur Anwendung brachten; denn wenn die **fistulae sub terram missae**, vor allem aber die **sigilla, columnae**, die Wasserspeier und die **crustae marmoreae** nur im Zweifel als mitverkauft gelten, so können sie auch ausgenommen und ebenso wie die **columna**, von der die Quellen solcher ausdrücklich berichten, event. evinziert werden; es kann sich also

trotzdem es sich um Gegenstände handelt, die zum Teil in recht enger baulicher Verbindung mit dem Gebäude stehen, also zweifellos inädifiziert d. h. eingebaut sind, nicht um Inädifikationen im technischen Sinne handeln. Unser Glaube an die Allgemeingültigkeit des Satzes omne quod inaedificatur solo cedit wird also stark erschüttert. Bestärkt werden wir in unserem Zweifel durch die l. 21 D. 33, 7. Dort wird im Vordersatze von molae inaedificatae gesprochen, also direkt der Ausdruck „inaedificare“ angewandt, und doch werden die molae inaedificatae nicht anders behandelt als die dolia und praela infixa, welche analog den in l. 17 D. 19, 1 erwähnten vasa vinaria defossa, nicht einmal Pertinenzen sind, etiamsi aedificio cohaerent, sondern welche, ähnlich wie die in der ganz analogen l. 26 D. 33, 7 erwähnten dolia, quibus terra adgesta est, nur deshalb legato continentur, weil sie dem Sct. von 122 unterliegen. Daß die molae inaedificatae tatsächlich keine andere Stellung einnehmen, d. h. nicht als Inädifikationen im technischen Sinne zu betrachten sind, geht noch besonders aus Satz 2 der l. 21 D. 33, 7 hervor: de molis tum quaeri debet, num ita adfixae itave inaedificatae sint, ut partes aedificiorum esse videantur. Daß pars in Verbindung mit Legaten nichts anderes zu bedeuten braucht als die Zugehörigkeit im Sinne des Sct. von 122, haben wir gezeigt; daß infolge des Nachsatzes trotz des Gebrauchs des Wortes „inaedificare“ nicht an Inädifikationen im technischen Sinne gedacht werden kann, geht daraus hervor, daß dann der Nachsatz keinen Sinn hat. Denn dann würde die lex 21 sagen: „dolia, molae et praela unterliegen, wenn sie mit dem Gebäude verbunden sind, dem Sct. von 122, dürfen also nicht besonders legiert werden; in Betreff der molae muß man aber untersuchen, ob es sich um Inädifikation im technischen Sinne handelt.“ Entweder würde dann in dem Nachsatze ein Gegensatz zu dem Vordersatze liegen sollen, dann gibt dieser

Gegensatz keinen Sinn, denn die Behandlung der Inädifikationen ist bei Legaten dieselbe, wie die der quasipartes des Sct. von 122, von denen im Vordersatze die Rede ist: beide dürfen nicht besonders legiert werden; oder der Nachsatz würde den Vordersatz näher erläutern sollen, dann kann erst recht nicht „inaedificare“ im technischen Sinne aufgefaßt werden, denn dann würde der Sinn herauskommen, die molae müssen, um unter das Sct. von 122 zu fallen, Inädifikationen im technischen Sinne sein. Dies gäbe nicht nur keinen Sinn, sondern wäre direkt falsch, denn, um unter das Sct. von 122 zu fallen, brauchen die Gegenstände nur so befestigt zu sein, ut non alias praestari possint, quam ut aedibus subducantur vel detrahantur — in dem mehrfach erwähnten Sinne des Sct., — sie brauchen aber keineswegs Inädifikationen im technischen Sinne zu sein. Die einzig mögliche Auslegung der l. 21 ist folgende: molae etc., die mit dem Gebäude verbunden sind, unterliegen dem Sct. von 122, man muß aber zusehen, ob die Anbringung eine solche ist, ut ibi perpetuo positae sint[1]) im Sinne des Sct. von 122, oder wie die l. 21 cit. und die das Sct. behandelnde l. 41 D. de legat. I auch wohl sagt, ut partes esse videantur.

Nachdem wir gesehen haben, daß uns die angeführten Stellen nicht nur keinen Aufschluß darüber geben, welche Erfordernisse die Römer an eine bauliche Verbindung stellten, um sie als Inädifikation im technischen Sinne gelten zu lassen, sondern daß sie im Gegenteil Zweifel an der Allgemeingültigkeit des Satzes „omne quod inaedificatur solo cedit“ in uns wachrufen[2]), bleibt uns nichts anderes übrig, als die

1) Es ist damit, ebenso wie bei Pertinenzen, keine besondere feste physikalische Verbindung gemeint, verlangt wird nur, daß die Gegenstände als für den betreffenden Zweck dauernd bestimmt erscheinen.

2) Wegen des Gebrauchs des Wortes inaedificare in der l. 21 D. 33, 7 und der Erwähnung baulich verbundener Gebäudeteile, die wie die sigilla, columnae etc. trotz der oft engen baulichen Verbindung evinziert werden können.

Stellen, in denen dieser Satz ausgesprochen ist, einer genauen Revision zu unterwerfen.

Er ist zunächst ausgesprochen in § 29 J. 2, 1 und fast wörtlich ebenso in l. 7 § 9 ss. D. 41, 1. Die Institutionenstelle sagt: Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse intellegitur dominus aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit; nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuerat, desinit dominus eius esse; sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum aedibus suis iniunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet per actionem, quae vocatur de tigno iuncto (appellatione tigni autem omnis materia significatur ex qua aedificia fiunt), quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. Diese Stelle, die in sehr ausführlicher Weise vom Einbauen handelt, spricht nur vom tignum iunctum und erklärt dies als materia ex qua aedificia fiunt. Sehen wir zu, welchen Aufschluß uns die anderen Quellenstellen geben, die unsere Regel behandeln: l. 6 und 7 D. 10, 4 handeln von der Accession im allgemeinen und kommen bei dieser Gelegenheit auch auf die Inädifikation zu sprechen, bei der zum Unterschied von der Accession die actio ad exhibendum ausgeschlossen ist. Auch sie erwähnt nur das tignum iunctum und fährt fort: tigni appellatione omnem materiam in lege XII tab. accipimus, ut quibusdam recte videtur. l. 23 § 7 D. 6, 1 spricht von cementa, l. 59 eod. von ostia und fenestra. Besonders aber ist hinzuweisen auf l. 1 D. 47, 3: lex XII tab. neque solvere permittit tignum furtivum aedibus iunctum, neque vindicare (quod providenter lex efficit, ne aedificia sub hoc praetextu diruantur), tigni autem appellatione continetur omnis materia ex qua aedificium constet. unde quidam aiunt, tegulam quoque et lapidem et testam ceteraque, si qua

aedificiis sunt utilia, hoc amplius et calcem et harenam tignorum appellatione contineri.

So ließen sich noch mehr Stellen anführen, in denen das Trennungsverbot ausgesprochen ist, und wir würden finden, daß immer nur die Rede ist von der materia, d. h. dem Baumaterial, wozu die Römer zählen: tegula, lapis, testa, trabes, calx, harena, cementa und ähnliches, also das Baumaterial im technischen Sinne: nur für dieses stellen die Quellen die Regel auf, und wir haben kein Recht, die Regel auf andere Mobilien auszudehnen[1]). Irre machen darf man sich auch nicht lassen durch den als Grund des Trennungsverbotes angeführten Satz: ne aedificia rescindi necesse sit. Damit braucht gar nicht in jedem Fall das Einreißen von Gebäuden als verboten hingestellt zu sein, sondern eben nur, wenn es sich um fremdes Baumaterial handelt: ne aedificia sub hoc praetextu diruantur, wie es in l. 1 D. 47, 3 genauer heißt.

Auch die allgemeine, leicht zu Mißdeutungen Anlaß gebende Fassung des Satzes omne quod inaedificatur solo cedit darf uns in unserer Auffassung nicht irre machen. Es hieß nämlich ursprünglich: id quod in solo aedificatum est solo cedit, welche Fassung z. B. in l. 2 § 1 C. 3, 32 beibehalten ist; die Häufung von solo klang nun besonders für eine landläufige Rechtsparömie zu steif und man sagte statt dessen: id quod inaedificatum est solo cedit, wobei man im Stillen solo auch auf inaedificatum bezog. Omne quod inaedificatur solo cedit heißt also nicht etwa: „Jedes Mobile, das mit

1) Man beachte noch besonders die, ich möchte sagen, vor einer zu weiten Auslegung des tignum-Begriffes warnende Fassung der l. 1 D. 47, 3, wo es heißt „unde quidam aiunt tegulam, testam etc. contineri“: „ja einige sagen sogar ꝛc.“ Ferner die ähnliche Wendung in l. 7 D. 10, 4: tigni appellatione omnem materiam accipimus, ut quibusdam recte videtur: zur Zeit Ulpians, nicht etwa der XII Tafeln (denn es heißt accipimus, nicht accepimus) war dies die Auslegung vom tignum iunctum.

einem Gebäude in eine gewisse bauliche Verbindung gebracht ist, unterliegt dem Trennungsverbot", sondern: Jede Gebäulichkeit teilt die Rechtslage des Grund und Bodens, auf dem sie errichtet ist. Zur Herstellung einer Gebäulichkeit dient aber eben das Baumaterial, nicht andere dem Gebäude eingefügte Mobilien, diese sichern nicht dem Gebäude seinen Bestand, sondern suchen ihren Halt in dem Gebäude.

Wollte ich auseinandersetzen, welche Vorteile es wirtschaftlich hat, bei dem oben gefundenen klaren Wortlaut der Quellen zu bleiben, anstatt ihnen eine Auslegung zu geben, die in sie etwas hineininterpretiert, was sie gar nicht sagen wollten, so müßte ich alles das wiederholen, was heute immer wieder für eine entsprechende Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgebracht wird. Schon die römischen Quellen vertraten genau den vernünftigen Standpunkt, wie er heute von der Gesamtheit der Interessenten eingenommen wird.

Was den Kreis der Gegenstände anbetrifft, die man zum Baumaterial zu rechnen hat, so rechneten die Römer hierhin: tegula, lapis, testa, calx, harena, trabes etc. Bei der columna wird die Behandlung verschieden gewesen sein; handelte es sich um eine einfache Säule, die lediglich dazu da war, dem Gebäude als Halt zu dienen, so unterlag sie dem Trennungsverbot; handelte es sich dagegen um eine kunstvolle Säule, die lediglich des Schmuckes wegen angebracht war, so unterlag diese — dies bestätigt uns l. 23 D. 43, 3 — dem Trennungsverbote ebensowenig, wie die sigilla, die crustae marmoreae, die Wasserspeier ꝛc. Aehnlich wird man heute zu unterscheiden haben, nur muß man beachten, daß die mancherlei Verzierungen, die an den Fassaden unserer modernen Häuser angebracht sind, infolge der fabrikmäßigen Massenherstellung solcher Gegenstände aus Zement, Gips und ähnlichem von so geringem selbständigen Werte sind, daß sie lediglich als Baumaterial anzusehen sind. Anders war es bei den Römern, bei denen

solche Gegenstände einen selbständigen Kunstwert hatten, anders ist es auch heute, sobald es sich um Gegenstände von selbständigem Werte handelt.

Es würde zur Klärung der Frage, ob die Römer den Satz: omne quod inaedificatur solo cedit auf andere Mobilien als Baumaterial ausgedehnt wissen wollten, nicht uninteressant sein, zu dem Gefundenen die Grundsätze in Parallele zu stellen, die die Römer im Falle der Accession — zu der ja die Inädifikation nur eine Unterart bildet — anwandten. Wir würden finden, daß bei ihnen nicht die geringste Neigung bestand, zur Vermeidung wirtschaftlicher Wertzerstörungen Trennungsverbote aufzustellen. Allerdings hat man aus einzelnen Fällen der Accession das Gegenteil herausgelesen, doch zu Unrecht[1]).

Man darf mir auch nicht entgegenhalten, die Quellen möchten vielleicht den Standpunkt vertreten, daß das Trennungsverbot nur auf Baumaterial im eigentlichen Sinne Anwendung finde, im gemeinen Recht habe das Trennungsverbot jedoch aus wirtschaftlichen Gründen eine darüber hinausgehende Bedeutung erlangt und sei auf gewohnheitsrechtlichem Wege ausgedehnt worden. Dem ist nicht so.

Sollte man in der gerichtlichen — selbst in den Kreisen der Juristen nicht unbestrittenen — Praxis allein eine gewohnheitsrechtliche Uebung sehen wollen, so wäre sie doch ungültig, weil „errore introductum", denn allgemein nahm man eben an, daß schon die Quellen selbst das Trennungsverbot auf alle möglichen inädifizierten Mobilien hätten angewandt wissen wollen. Außerhalb der Quellen liegende wirtschaftliche Erwägungen hätten damals ebensowenig wie heute zu einer Ausdehnung geführt.

---

1) Ich muß hier auf meine im Vorwort erwähnte Arbeit verweisen, die auch sonst noch mancherlei zur Unterstützung der vertretenen Auffassung der Quellen bringt.

Bevor ich diesen historischen Rückblick verlasse, will ich nicht unterlassen, noch auf einen Gedanken aufmerksam zu machen, der die oben vertretene Auslegung der Quellen nicht wenig unterstützt: die gegenteilige Auslegung würde nämlich insofern dem Geiste des römischen Rechts durchaus widersprechen, als das römische Recht ja im Gegensatz zum germanischen ein ganz ausgesprochenes Individualrecht ist, welches nur in seltenen Fällen die Rechtslage von Personen oder Sachen beeinflußt werden läßt von dem Milieu, in dem sie sich befinden. Es sind also eigentlich germanistische Gedanken, die man dem römischen Recht hat unterschieben wollen.

Wie ich schon erwähnte, haben alle diese Irrtümer nicht verfehlt, einen großen Einfluß auf unsere Rechtsanschauungen auszuüben. Nicht nur hat die Theorie und Praxis des gemeinen Rechts an der falschen Auslegung gekrankt, sondern auch bei der Entstehung unserer modernen Kodifikationen haben diese Anschauungen ihren Einfluß ausgeübt. Liest man doch in den Motiven zu § 94[1]), den Standpunkt des römischen Rechts kennzeichne die Regel: „superficies solo cedit", und weiter unten, der Begriff Baumaterial sei schwer zu bestimmen, ob Türen, Fensterflügel u. dergl. unter ihn fallen, könne unter Umständen zweifelhaft sein; der volkswirtschaftliche Grund rechtfertige seine Anwendung auf alle zur Herstellung des Gebäudes verwendeten und zu dauernder Bildung desselben als eines in sich vollendeten wirtschaftlichen Ganzen bestimmten Sachen.

Zwar drücken sich die Motive recht vorsichtig aus, doch erscheint es mir nach dem Ausgeführten nicht zweifelhaft, daß sie, beeinflußt durch die irrtümliche Rechtsentwickelung, den Standpunkt der gemeinrechtlichen Praxis und des Reichs-

---

1) Vergl. Haidlen bei § 94.

gerichts vertreten wollen, daß nämlich zur Herstellung eines industriellen Gebäudes auch die Maschinen dienen, wenigstens unter den vom Reichsgericht erwähnten Umständen [1]. Die Motive sind aber doch nicht Gesetz, und wir können uns glücklich schätzen, daß die endgültige Fassung des Gesetzes nicht nur eine Zurückführung des Trennungsverbotes auf das vernünftige Maß zuläßt, sondern direkt begünstigt, trotz der bösen Absicht des Gesetzgebers, wie sie in den Motiven zum Ausdruck kommt [2].

Nach dem Ausgeführten komme ich zu folgenden Resultaten:

Maschinen dienen nie zur Herstellung eines Gebäudes, auch sind sie nicht Bestandteile der Fabrik, also auch nie wesentliche Bestandteile. Sie sind vielmehr im Verhältnis zum Fabrikgebäude stets selbständige Sachen. Diese Eigenschaft kann ihnen eine noch so feste bauliche Verbindung nicht nehmen, denn Voraussetzung für die Anwendung des § 93 ist, daß es sich um „eine" Sache handelt.

Eine Ausnahme möchte ich nur für den ganz seltenen Fall zulassen, daß Maschine und Bauwerk so eng zusammengehören, daß das eine oder das andere für sich einen selbständigen Verkehrswert überhaupt nicht hat, denn in diesem seltenen Falle liegt wirklich „eine" Sache vor. Hierher würden vielleicht die großen Fördermaschinen der Bergwerke gehören, die durch umfangreiche Fundamente mit der Erde verbunden und zu ihrem Schutze mit Mauern und Dach umgeben sind. Hier steht und fällt das ganze Gemäuer mit der Maschine. Ihre Entfernung erfordert seinen Abbruch [3]. Das Gemäuer hat keinen

1) Die Motive sind denn auch schon vielfach so aufgefaßt worden, vergl. z. B. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht.

2) Auch § 95 II wird dadurch nicht überflüssig, denn auch Baumaterial im eigentlichen Sinne kann zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt werden; man denke z. B. an provisorische Mauern u. dergl.

3) Ob die im Text angenommenen technischen Voraussetzungen bei

selbständigen Verkehrswert. Es bildet mit der Maschine das Maschinenhaus. Auch manche Kesselanlagen werden hierher zu rechnen sein. Diese seltenen Fälle können um so unbedenklicher hierher gerechnet werden, weil auf sie auch § 95 Abs. 1 Anwendung finden würde. Die betreffenden Gegenstände sind in diesem Falle mit dem Grund und Boden fest verbunden, und zwar nicht mittelbar, sondern direkt. Das Gemäuer ist kein selbständiges Zwischenglied, sondern Mittel und Weg, die Befestigung im Boden zu bewerkstelligen. Mancherlei Grenzfälle werden auch hier vorkommen. Auch wird zu beachten sein, daß nur die Teile der maschinellen Anlage, die wirklich mit dem Grund und Boden fest verbunden sind, wesentliche Bestandteile sind. Etwaige Teile, die nach den Grundsätzen des § 93 nicht wesentliche Bestandteile der maschinellen Anlage sind, werden es auch nicht nach der Aufstellung der Maschine. Ich kann mir nicht denken, daß § 94I die Bedeutung hat, daß Teile einer Sache, die an sich unwesentliche Bestandteile sind, zu wesentlichen werden, sobald ein Teil der Sache mit dem Grund und Boden verbunden wird, z. B. der Zylinder einer Straßenlaterne. Die Analogie der Gebäude kann hier nicht herangezogen werden, sie folgen ihrem besonderen Rechte.

Ich weiß, daß die obigen Sätze der bisherigen Praxis diametral entgegenlaufen; ob sie zu schlechteren Resultaten führen, erscheint mir zweifelhaft.

Sollte das Reichsgericht auf seinem Standpunkt beharren, dann ist es die höchste Zeit, daß die Gesetzgebung eingreift; ein Ruhmesblatt für die Elastizität der Jurisprudenz würde dabei allerdings nicht zu stande kommen.

Fördermaschinen immer zutreffen, darüber bin ich im Moment nicht unterrichtet; es sollte durch den geschilderten Fall auch weniger ein genau zutreffendes Beispiel angeführt, als das Prinzip erläutert werden.

IX.

Die Pflicht zur Wahrheit und Offenheit in den Bilanzen und Jahresberichten der Aktiengesellschaften.

Von **Victor Ehrenberg.**

Der § 314 Ziff. 1 des HGB. bedroht mit Gefängnis- und Geldstrafe Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, „wenn sie wissentlich in ihren Darstellungen, in ihren Uebersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern", und die Anwendung, welche die Gerichte, darunter auch das Reichsgericht, von dieser Bestimmung in neuerer Zeit gemacht haben, hat den lebhaften Widerspruch nicht nur der Geschäftswelt, sondern auch der Juristen erregt [1]). Mitglieder des Aufsichtsrats sind bestraft worden, weil sie einen Verlust der Gesellschaft oder eine Unterschlagung durch treulose Beamte aus eigenen Mitteln gedeckt und über die ganze Angelegenheit geschwiegen haben. Infolgedessen ist es

1) Vergl. dazu besonders Simon in der Festgabe für Koch (1903), 379 ff.; Rehm in der DJZ. 9 (1904), 34 ff.; Bondi im SächsArch. 14 (1904), 188 ff.; Staub, Kommentar zum HGB.[8] (1906) zu § 314; Stranz in der DJZ. 11 (1906), 806.

vorgekommen, daß der Aufsichtsrat einer Gesellschaft aus Furcht vor Bestrafung das Anerbieten eines Verwandten des treulosen Beamten abgelehnt hat, der die unterschlagene Summe ersetzen wollte, falls des Vorfalles im Geschäftsberichte nicht gedacht werde: die Zahlung unterblieb, und die Gesellschaft verlor fast die Hälfte ihres Grundkapitals [2]). Das Reichsgericht hat dann unter dem 24. Oktober ein Erkenntnis erlassen, dem nach einem kurzen Auszuge in der Juristischen Wochenschrift ein gleicher Tatbestand zu Grunde zu liegen schien, und nach diesem angeblichen Tatbestande ist es dann mehrfach kritisiert worden; zwar zeigt der vollständige Abdruck des Erkenntnisses im 38. Bande der strafrechtlichen Entscheidungen (S. 194 ff.), daß der Tatbestand doch anders lag, als jener Auszug vermuten ließ, indessen die Rechtsgrundsätze, welche das Reichsgericht aufstellt, sind gleichwohl von großer Bedeutung für unsere Frage, und ich werde weiter unten ausführlich auf das Erkenntnis zurückkommen.

Diese Frage selbst aber, nämlich wie weit die Pflicht der Organe einer Aktiengesellschaft geht, bei ihrer jährlichen Rechenschaftsablage sich der Wahrheit und Offenheit zu befleißigen, ist von so großer zivilrechtlicher und strafrechtlicher Tragweite, daß ich auch das Interesse der nicht unmittelbar am Handelsrecht beteiligten juristischen Kreise dafür wachrufen möchte und sie deshalb an dieser Stelle zur Erörterung bringe.

I.

„Der Vorstand hat in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs für das verflossene Geschäftsjahr eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung, sowie einen den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnden Bericht dem

---

2) Simon, a. a. O. 409.

Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen" (HGB. § 260 Abs. 2). Diese drei Ausweise kommen daher für die Anwendung des § 314 Ziff. 1 vorwiegend in Betracht: die Bilanz, für deren Aufstellung die §§ 40 und 261 nähere Vorschriften geben, dann die Gewinn- und Verlustrechnung und endlich der Geschäftsbericht.

Die Bilanz der Aktiengesellschaft enthält sämtliche [8]) Vermögenswerte als Aktiva und sämtliche Geschäftsbedürfnisse (nicht etwa bloß die Schulden) als Passiva. Der Ueberschuß der Aktiva über die Passiva bezeichnet also die entbehrlichen Beträge, die als Reingewinn verteilt oder sonst beliebig verwendet werden können. Dieser Reingewinn ist am Schluß der Bilanz anzugeben, und zwar üblicherweise auf der Passivseite zur formellen „Balance" beider Seiten; entsprechend ist der Verlust — der Ueberschuß der Passiva über die Aktiva — zu behandeln, er wird auf der Aktivseite gebucht und bedeutet also nicht wie bei der einfachen Vermögensbilanz (der Gegenüberstellung von Vermögenswerten und Schulden) eine Ueberschuldung, sondern nur, daß die für die Geschäftsbedürfnisse erforderlichen Vermögenswerte nicht voll vorhanden und daher erst recht keine entbehrlichen Beträge („Reingewinn") vorhanden sind.

Die Gewinn- und Verlustrechnung enthält die Vermögenszu- und abgänge, die Einnahmen und Ausgaben des letzten Jahres (mit Einschluß eines etwaigen Gewinn- oder Verlustvortrages aus der Bilanz des vorhergehenden Jahres): ihre Differenz wird als Gewinn- oder Verlustposten in die Bilanz eingestellt. Da jeder Ausgabeposten, der in der Gewinn- und Verlustrechnung erscheint, die Aktiva der neuen

8) Eine Einschränkung, die zu machen ist, wird weiter unten erwähnt werden.

Bilanz ganz von selber beeinträchtigt, und da umgekehrt jeder Einnahmeposten der Gewinn- und Verlustrechnung die Aktiva der Bilanz ganz von selber vermehrt, so macht jeder Fehler, jede Gesetzwidrigkeit der Gewinn- und Verlustrechnung sich auch in der Bilanz bemerkbar. Dagegen enthält die Bilanz eine Menge von Posten, die in der Gewinn- und Verlustrechnung gar nicht zur Erscheinung kommen, sie ist der weit umfassendere Ausweis, und daher können wir in der Folge die Gewinn- und Verlustrechnung unberücksichtigt lassen und unsere Untersuchung auf die Bilanz und auf den Geschäftsbericht beschränken.

Man pflegt jetzt bei der Anwendung des § 314 Ziff. 1 auf eine der im § 260 vorgeschriebenen Pflichten des Vorstands und Aufsichtsrats ganz allgemein zwischen Bilanz und Geschäftsbericht zu unterscheiden, indem man von der Bilanz weitestgehende Offenheit verlangt, während man für den Geschäftsbericht dieses Prinzip nach den verschiedensten Richtungen hin einzuschränken sucht. Und zwar soll die differenzierende Behandlung von Bilanz und Geschäftsbericht darauf beruhen, daß die Bilanz, weil das Gesetz ihre Publikation verlange, für die breiteste Oeffentlichkeit bestimmt sei; dagegen der Geschäftsbericht sei nur zur Information der Aktionäre bestimmt, habe also nur das hierzu Dienliche und auch das nur so weit zu enthalten, als dieser Zweck es gebiete (Stranz), oder als das Interesse der Aktionäre bezw. der Aktiengesellschaft es nicht verbiete (Bondi, Staub, wohl auch Simon, a. a. O. 408), denn soweit das Interesse der Gesellschaft die volle Offenheit verbiete, sei die Fälschung und Verschleierung nicht rechtswidrig, daher erlaubt (Rehm).

Aber so richtig die Unterscheidung von Bilanz und Geschäftsbericht an sich ist, ebenso unrichtig ist die Begründung, welche ihr die herrschende Ansicht gibt. Denn eine Bilanz

muß stets wahr und vollständig sein, sie müßte also genau den gleichen Inhalt haben, auch wenn ihre Publikation vom Gesetze nicht vorgeschrieben wäre; und was den Geschäftsbericht betrifft, so ist er keineswegs nur für die Aktionäre bestimmt, er soll beim Handelsregister eingereicht werden, wo er jedermann zugänglich ist, und nach den täglichen Erfahrungen des Verkehrslebens wird ihm durch Versendung an zahlreiche Personen außerhalb des Kreises der Aktionäre eine möglichst weitgehende Publizität gegeben (Erk. des RG. in Strafsachen 38, 198 f.), auch wird er sehr häufig durch die Zeitungen bekannt gemacht.

Der wesentliche juristische Unterschied zwischen beiden Aufzeichnungen muß also, wenn er überhaupt begründet ist, in anderen Ursachen zu suchen sein. Und das ist in der Tat der Fall.

Gehen wir nämlich von dem Gedanken aus, den der Gesetzgeber verfolgte, als er der Aktiengesellschaft — im Gegensatz zum Einzelkaufmann und zur offenen und Kommanditgesellschaft — eine weitgehende Offenlegung ihres Geschäftsgebahrens vorschrieb, so müssen wir sagen: welchen Zweck immer er auch dabei verfolgte, den Schutz der Gläubiger oder der gegenwärtigen Aktionäre oder des am Aktienhandel beteiligten Publikums — keinesfalls konnte seine Absicht dahin gehen, die Aktiengesellschaft gegenüber jenen anderen Formen des kaufmännischen Betriebes konkurrenzunfähig zu machen. Jeder größere kaufmännische und industrielle Betrieb hat aber seine Interna, seine Geschäftsgeheimnisse, und auch die Aktiengesellschaft muß Herrin ihrer Geheimnisse bleiben, sonst ist ihr Betrieb lahmgelegt. Sie ist, rein kaufmännisch angesehen, schon durch die Pflicht zur weitgehenden Offenlegung ihrer Verhältnisse gegenüber dem Einzelkaufmann und den genannten Handelsgesellschaften stark benachteiligt; sie

wird genötigt, alljährlich gewisse Aufzeichnungen zu veröffentlichen, aus denen ihr Vermögensstand und ihre Geschäftsergebnisse unmittelbar erkennbar sind und auch ihre Zukunftsaussichten sich erschließen lassen, aber sie ist nicht verpflichtet, diese Aufzeichnungen so zu gestalten, daß wertvolle Interna ihres Betriebs dadurch preisgegeben werden, und gerade dies ist der Punkt, in dem Bilanz und Geschäftsbericht sich ganz wesentlich voneinander unterscheiden.

II.

Die Bilanz gibt nur ein nach Kategorien geordnetes abstraktes Zahlenbild von dem Geschäftsstand der Gesellschaft, und zwar ein bloßes Augenblicksbild, in diesen beiden Momenten liegt das Charakteristische der Bilanz beschlossen.

1) Sie ist also eine gruppierte Aufführung von Zahlen, und diese ihre arithmetische und abstrakte Natur bildet an sich schon eine starke Schranke gegen die Preisgabe materieller Geschäftsgeheimnisse. Aber das Bild, das sie gewährt, soll natürlich ein richtiges sein, und dies erfordert ein Dreifaches: die eingetragenen Wertangaben müssen wahr sein, sie müssen vollständig sein und sie müssen unter einer zutreffenden Bezeichnung eingetragen sein.

Indessen die beiden ersten Erfordernisse der Wahrheit und der Vollständigkeit erleiden sofort eine Einschränkung. Der Gesetzgeber verlangt nämlich die Aufstellung und Veröffentlichung einer Bilanz lediglich aus der Besorgnis heraus, daß der Vermögensstand der Gesellschaft von deren Organen zu günstig dargestellt werden könnte, das beweist der ganze Inhalt des § 261, insbesondere die Vorschriften, daß gewisse Aktiva „höchstens“ zu dem und dem Werte anzusetzen sind,

und die weiteren Vorschriften, daß gewisse Posten unter die Passiva aufzunehmen sind. Dagegen hat der Gesetzgeber eine zu ungünstige Darstellung des Vermögensstandes nicht nur gestattet, sondern bisweilen geradezu vorgeschrieben, z. B. durch die Bestimmung, daß Wertpapiere und Waren höchstens zum Anschaffungspreise eingesetzt werden dürfen. Insoweit ist also das Prinzip der Bilanzwahrheit und der Bilanzvollständigkeit außer Geltung gesetzt: Passivposten dürfen zu hoch, Aktivposten zu niedrig bewertet oder ganz fortgelassen werden[4]). Daher steht nichts im Wege, sog. stille (versteckte) Reserven zu schaffen, sei es durch übernormale Abschreibungen oder durch Nichteinstellung von Aktivposten in die Bilanz; wenn man größere Aktivposten, statt sie ganz fortzulassen, mit 1 Mark bewertet, so wird nur das Prinzip der Bilanzwahrheit preisgegeben, das Prinzip der Bilanzvollständigkeit dagegen gewahrt. Freilich ist die Zulässigkeit der Anlegung solcher stillen Reserven bestritten worden[5]), aber mit Unrecht. Die Gefahr, daß die Gesellschaftsorgane aus unlauteren Gründen den Status der Gesellschaft zu ungünstig angeben, z. B. um auf den Kurs der Aktien zu drücken, ist gering, und wenn dies dennoch geschieht, so kann ihr mit den allgemeinen Rechtsvorschriften, insbesondere mit BGB. § 826 entgegengetreten werden; der Gesetzgeber aber billigt die Anlegung von stillen Reserven prinzipiell selbst für den Fall, daß sie unter Verletzung einer ausdrücklichen Bestimmung des (Gesetzes oder) Statuts durch die Generalversammlung beschlossen wird; denn nicht wie sonst kann ein einzelner Aktionär die Statutenverletzung hier anfechten,

4) Neukamp in der ZHR. 48, 468 ff.; Bondi, a. a. O. 190. Zu der sehr streitigen Frage vergl. Rehm, Bilanzen der Aktiengesellschaften (1903) S. 43 ff., 370 f.

5) Katz, Die strafrechtlichen Bestimmungen des HGB. (1902), 30. Dagegen Pinner in HoldheimsZ. 12, 280.

vielmehr soll eine solche Anfechtung nur zulässig sein, wenn die Aktien der anfechtenden Aktionäre den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen (HGB. § 271 Abs. 3 Satz 2). Daraus ergibt sich indirekt, daß die Anlegung von stillen Reserven, wenn sie keine (Gesetzes- oder) Statutenverletzung enthält, überhaupt zulässig ist und nicht der Strafe des § 314 Z. 1 unterliegt. Daraus ergibt sich ferner, daß Vorstand und Aufsichtsrat befugt sind, eine solche Bilanz der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen; ob sie bei der Erläuterung der Bilanz (also z. B. im Geschäftsbericht) der Generalversammlung anzeigen müssen, daß sich in der Bilanz stille Reserven befinden, ist eine andere Frage, auf die später zurückzukommen ist.

Der Grundsatz der Bilanz*wahrheit* reduziert sich also auf die Vorschrift, daß kein Aktivposten zu hoch, kein Passivposten zu niedrig angesetzt werden darf — sonst ist die Bilanz zahlenmäßig falsch —, und daß jeder Posten unter einer zutreffenden Bezeichnung eingestellt werden muß, sonst verschleiert sie den Vermögensstand der Gesellschaft, mag sie auch zahlenmäßig richtig abschließen.

Der Grundsatz der Bilanz*vollständigkeit* reduziert sich auf die Vorschrift, daß kein Passivposten ausgelassen werden darf, sonst ist die Bilanz zahlenmäßig falsch [6]).

2) Das Bild, welches die Bilanz von dem geschäftlichen Stand der Gesellschaft gewähren soll, ist aber ferner ein *Augenblicksbild*, maßgebend ist dafür der Zeitpunkt des *Jahresabschlusses* [7]). Die Bilanz hat weder in die Vergangenheit zurückzugreifen, noch Zukunftsmöglichkeiten vorwegzu-

---

6) Das sog. Prinzip der „Kontinuität der Bilanzansätze“ ist meines Erachtens kein juristisches, sondern lediglich ein kaufmännisch-technisches. Ausführlich darüber *Neukamp*, a. a. O. 496 ff.; vergl. auch *Rehm*, Bilanzen 789 f.

7) *Simon*, Bilanzen der Aktiengesellschaften 111 ff.

nehmen, also sind bei ihrer Aufstellung auch keine Wertveränderungen zu berücksichtigen, die erst nach dem Schluß des Geschäftsjahres, wenn auch vor Aufstellung der Bilanz, eingetreten sind [8]). Wenn das Gesetz zuweilen etwas anderes vorschreibt, z. B. daß der Anschaffungswert eines Aktivpostens maßgebend sein soll, so ist das eine Ausnahmebestimmung, die sofort wieder der Regel Platz macht, wenn der Gegenwartswert hinter dem Anschaffungswert zurückbleibt. Nicht maßgebend ist aber die Meinung, welche Vorstand und Aufsichtsrat am Ende des Geschäftsjahres von dem Werte eines Bilanzpostens hatten; stellt sich bis zur Aufstellung der Bilanz die Unrichtigkeit einer solchen Meinung heraus, so ist der Wert jenes Postens nach der berichtigten Schätzung einzustellen [9]).

3) Es empfiehlt sich, die festgestellten für die Bilanz charakteristischen Momente noch an einem einfachen Beispiele zu erläutern. Ist eine Aktiengesellschaft an fremden Unternehmungen beteiligt, so sind die gemachten Einzahlungen in voller Höhe oder zu einem Teilbetrage in die Aktiva einzustellen, und zwar unter einer zutreffenden Bezeichnung (Beteiligungen, Konsortialanteile oder dergl.), nicht etwa unter „Debitoren" oder „Guthaben aus laufender Rechnung", denn das würde eine unzulässige Verschleierung sein. Aber die Bilanz braucht weder ersehen zu lassen, an welchem Unternehmen die Beteiligung stattfindet oder welcher Art sie ist, noch ob und welche eventuellen Verpflichtungen (Haftpflicht, Nachschußpflicht) vielleicht einmal daraus erwachsen können; denn jenes würde unter Umständen die wichtigsten Geschäftsgeheimnisse offenbaren, und dieses würde dahin führen, daß bloß mögliche, aber vermutlich niemals praktisch werdende, oft gar nicht schätzbare Zukunftsleistungen, deren Höhe über den

8) Vergl. hierzu Simon, a. a. O. 318 ff.
9) Simon, a. a. O. 319.

Betrag der gemachten Einzahlungen, ja über die gesamten Aktiva hinausgehen kann, als Passiva eingestellt werden müßten, und die Bilanz würde damit ein völlig verzerrtes, ja ein monströses Bild von der gegenwärtigen Vermögenslage der Gesellschaft gewähren.

III.

Während die Bilanz also nur ein zahlenmäßiges Augenblicksbild von dem Vermögensstand der Gesellschaft nach ganz allgemeinen Kategorien gewährt und in dieser ihrer arithmetischen und abstrakten Natur schon von selbst eine Garantie gegen die Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen bietet, hat der Geschäftsbericht sich in erzählender Form nicht nur über den Vermögensstand, sondern über die gesamten Verhältnisse der Gesellschaft zu verbreiten (HGB. § 260 Abs. 2), er muß in die Vergangenheit zurückgreifen und einen Ausblick in die Zukunft eröffnen, er muß daher neben Tatsachen auch Urteile (Meinungsäußerungen) enthalten, und er kann gar nicht alle Tatsachen, die im Laufe des Geschäftsjahres bedeutsam geworden sind, aufzählen, aber er darf dies auch nicht, wenn nicht durch Preisgabe wichtiger Interna der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft unmöglich gemacht werden soll. Der Geschäftsbericht muß daher eine Menge von Umständen verschweigen dürfen, die für die Beurteilung des „Standes der Verhältnisse" (§ 314 Z. 1) nicht nur geeignet, sondern sogar notwendig sind, auf denen überhaupt das Schlußurteil von Vorstand und Aufsichtsrat über die gegenwärtige Lage und die Zukunftsaussichten der Gesellschaft beruht. Während die Bilanz (in der oben S. 298 angegebenen Beschränkung) vollständig sein muß, sonst ist sie keine Bilanz, ist beim Geschäftsbericht die Möglichkeit, daß er „vollständig" sei, geradezu ausgeschlossen, er muß seiner Natur

nach unvollständig sein, und mit Recht verlangt auch der § 314 daher nur, daß in dem Geschäftsbericht nichts „unwahr dargestellt" wird, d. h. alle Tatsachen, die im Geschäftsberichte stehen, müssen richtig sein; er verlangt ferner, daß „nichts verschleiert" wird[10], d. h. durch die Art der Darstellung, durch die Gruppierung der Tatsachen oder auch durch Unterdrückung von Tatsachen darf nicht ein falsches Bild von dem Stande der Verhältnisse der Gesellschaft in dem Leser (oder Hörer) erzeugt werden; aber weiter geht der § 314 nicht[11], er verlangt von dem Bericht keine „Vollständigkeit".

Also nur dieser innere, in dem Wesen beider Aufzeichnungen begründete Unterschied läßt eine verschiedenartige juristische Behandlung von Bilanz und Geschäftsbericht als berechtigt und notwendig erscheinen; daß die Bilanz in den Zeitungen veröffentlicht, der Geschäftsbericht nur zum Handelsregister eingereicht werden soll, ist — wie bereits oben S. 295 ausgeführt wurde — hierfür gleichgültig. Mag der Geschäftsbericht auch in erster Linie zur Information der Aktionäre dienen, so würde deren Interesse, z. B. an der Hochhaltung des Kurses der Aktien, doch niemals genügen, um deswegen eine Tatsache zu verschweigen, die auch geeignet wäre, dritten Personen (den Käufern von Aktien) die Augen zu öffnen. Unrichtig aber wäre es auch, umgekehrt einen Geschäftsbericht zwar nur dann für strafbar zu erklären, wenn er eine Unwahrheit oder eine Verschleierung enthält, gegenüber der Gesellschaft aber, also privatrechtlich dem Vorstand und Aufsichtsrat die Verpflichtung zur schrankenlosen Offenheit auch für den Geschäftsbericht aufzuerlegen und insoweit auch für diesen den Grundsatz der Vollständigkeit zu proklamieren: diese Ansicht enthält

10) Eigentümliche Auffassung von diesem Begriff bei Rehm, Bilanzen 870.

11) Insoweit stimme ich den Ausführungen von Mittelstädt zu (DJZ. 7 [1902], 520 ff.), auf die weiter unten noch näher einzugehen ist.

allerdings einen richtigen Gedanken, und ich komme später auf sie zurück, aber in solcher Allgemeinheit ist sie nicht zu billigen.

Es fragt sich also, wie weit geht die Pflicht der Offenheit beim Geschäftsbericht? Es fragt sich insbesondere, ob für die zu treffende Auswahl aus den tatsächlichen Vorgängen des letzten Geschäftsjahres allgemeine Regeln aufgestellt werden können, oder ob dies für jeden einzelnen Fall dem pflichtmäßigen Ermessen der Geschäftsorgane überlassen werden muß. Wir werden der Beantwortung dieser Frage näher kommen, wenn wir von der Aufgabe ausgehen, die der Geschäftsbericht zu erfüllen hat. Diese Aufgabe ist eine doppelte: einmal Erläuterung der Bilanz (und der Gewinn- und Verlustrechnung, siehe oben S. 294), er soll also den aus diesen Aufzeichnungen nur zahlenmäßig erkennbaren Vermögensstand materiell erklären, und sodann Ergänzung der Bilanz, er soll also die gesamte Geschäftslage und die Rentabilität des Unternehmens darstellen, und zwar richtig darstellen.

Aus dieser zweiten Aufgabe ergibt sich ohne weiteres ein markanter Unterschied von der Bilanz: der Geschäftsbericht hat auch solche Umstände zu berücksichtigen, welche erst nach Abschluß des Geschäftsjahres eingetreten sind, falls sie die Aussichten des neuen Geschäftsjahres ungünstig beeinflussen; aber damit ist nicht gesagt, daß diese Umstände ausdrücklich angegeben werden müssen (das könnte für die Gesellschaft sehr gefährlich werden), sondern daß die Verfasser des Geschäftsberichts verpflichtet sind, richtige Schlußfolgerungen aus ihnen wie überhaupt aus sämtlichen in Betracht kommenden Umständen zu ziehen und dementsprechend das Gesamtbild von der Geschäftslage der Gesellschaft richtig zu entwerfen. Das Resultat ihrer Darstellung muß ein getreues Bild sein, aber dieses Bild beruht eben auf Schlußfolgerungen, nun und nimmermehr hätte es sich der Leser aus dem bei-

gebrachten Tatsachenmaterial selbst herstellen können. Sehr viele Geschäftsberichte tragen einen ganz farblosen Charakter, enthalten nur ein sehr dürftiges Tatsachenmaterial, und doch genügen sie den Anforderungen des Gesetzes: sie sind wahr und verschleiern nichts. Andere sind ausführlicher, aber auch die umfangreichsten verschweigen naturgemäß die große Fülle der geschäftlichen Vorkommnisse, auf denen sie ihre Schlußfolgerungen aufbauen. Daraus scheint schon hervorzugehen, daß es nicht möglich ist, allgemeine Regeln über den notwendigen Inhalt eines Geschäftsberichts aufzustellen. In der Tat hat auch das Reichsgericht in dem oben bereits erwähnten wichtigen Erkenntnisse vom 24. Oktober 1905 (Entscheidungen in Strafsachen 38, 197) ausdrücklich erklärt, daß dafür die *Erwägungen maßgebend sein müssen, welche im einzelnen Falle die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzustellen gebietet* (HGB. § 241 Abs. 1, § 249 Abs. 1), und diese Ansicht ist meines Erachtens die einzig haltbare. Wird also in dem Geschäftsbericht eine Tatsache erwähnt, welche unbeschadet der vom Gesetz verlangten Wahrhaftigkeit unerwähnt bleiben durfte, und gereicht die Mitteilung dieser Tatsache der Gesellschaft zum Schaden, so haben die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat dadurch ihre Pflichten nach § 241 und § 249 verletzt und können möglicherweise, falls nämlich die Voraussetzungen des § 312 vorliegen, sogar bestraft werden. Wird umgekehrt eine Tatsache im Geschäftsbericht nicht erwähnt, deren Mitteilung notwendig war, um dem Leser ein wahres und unverschleiertes Bild von dem Geschäftsstande oder der Rentabilität des Unternehmens zu gewähren oder um die Bilanz nicht günstiger erscheinen zu lassen, als sie in Wirklichkeit ist, oder um die Generalversammlung bei ihrem Beschlusse vor einer unbeabsichtigten Gesetzes- oder Statutenverletzung zu bewahren, so haben die Mitglieder

von Vorstand und Aufsichtsrat möglicherweise ebenfalls ihre Pflichten nach § 241 und § 249 (§ 260II) verletzt und machen sich nach § 314 Z. 1 strafbar.

Wenn das Reichsgericht trotz seines richtigen Prinzips dennoch in demselben Erkenntnisse einige feste und allgemeine Regeln aufstellt, so muß dabei vor allem beachtet werden, daß der Tatbestand, über den das Gericht zu erkennen hatte, ein besonders gravierender war. In der JW. 1906, 255 (der dort gegebene Auszug lag den mir bisher bekannt gewordenen Besprechungen des Erkenntnisses zu Grunde) wird behauptet, daß für eine im Geschäftsbericht der betreffenden Aktiengesellschaft verschwiegene Veruntreuung Deckung vorhanden gewesen sei, und daraufhin habe das Gericht sein drakonisches Urteil erlassen. Nach dem wörtlichen Abdrucke im 38. Bande der strafrechtlichen Erkenntnisse lag aber die Sache ganz anders. In die Bilanz war unter „Kontokorrent-Debitoren" die Ersatzforderung gegen den Direktor H., der die Unterschlagung begangen hatte, als vollwertig eingestellt, obwohl H. zahlungsunfähig und die Forderung zum großen Teil ungesichert und uneinbringlich war. Und in dem Geschäftsberichte war nicht nur diese Veruntreuung verheimlicht, sondern sogar gesagt worden: „Das verflossene Geschäftsjahr ergab durchschnittlich ein erfreuliches Ergebnis" und „die wirklichen Verluste auf Debitoren haben wir auf Dubiösen-Konto bezw. Gewinn- und Verlust-Konto abgeschrieben". Die Bilanz war also falsch, und der Geschäftsbericht enthielt neben wissentlichen Verschleierungen sogar direkt unwahre Behauptungen, jedes für sich allein hätte genügt, um die Mitglieder des Aufsichtsrats strafbar zu machen, und es ist begreiflich, daß dieser Tatbestand dem Gericht zu einer sehr energischen Sprache Veranlassung gab.

Aber das rechtfertigt allerdings nicht die vom Gericht nun

doch beliebte Aufstellung allgemeiner Regeln über den Inhalt des Geschäftsberichts, deren strikte Anwendung zu unleidlichen Konsequenzen führen müßte. Das Erkenntnis enthält folgende Leitsätze:

„Der Geschäftsbericht soll zur Erläuterung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung dienen. Er soll nicht nur den aus diesen Vorlagen in den Umrissen zu erkennenden Vermögensstand, sondern daneben auch die Verhältnisse der Gesellschaft entwickeln und so einen Ueberblick über den Stand, zunächst bei Abschluß des Geschäftsjahres ergeben. Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung mit dem Geschäftsberichte bilden die Grundlage für die in der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse, zu deren Gegenständen vornehmlich die Entlastung der Gesellschaftsorgane, die Neuwahl des Aufsichtsrats und die Verteilung des Reingewinns zählen. Um dieser Zweckbestimmung willen hat der Geschäftsbericht der für die Entschließungen in diesen Punkten wichtigen Vorkommnisse des abgelaufenen Geschäftsjahres zu gedenken, außergewöhnliche, über den Rahmen der regelmäßigen Geschäftsabwickelung hinausgehende Maßnahmen des Vorstandes und Aufsichtsrats, die für die Art der Führung der Geschäfte von einschneidender Bedeutung sind und in den Augen der Aktionäre nicht ohne Einfluß auf die Vertrauenswürdigkeit der Gesellschaftsorgane sein *können*, bekannt zu geben, ebenso aber auch nach Ablauf des Geschäftsjahres eingetretener und zur Zeit der Berichterstattung bekannter Ereignisse von gleicher Bedeutung wie die erörterten Maßnahmen des Vorstandes und Aufsichtsrats zu gedenken, welche die Aussichten für eine günstige Weiterführung der Geschäfte im neubegonnenen Geschäftsjahr offensichtlich und wesentlich beeinträchtigen *müssen*."

Obwohl der Inhalt dieser Sätze durch die Wortfassung stark verklausuliert und dadurch sehr farblos geworden ist (man

vergleiche die Abschwächung der scheinbar so strengen Regeln durch die von mir hervorgehobenen Worte „können" und „müssen"), so fordert er doch die Kritik in starkem Maße heraus.

Das Erkenntnis geht sehr richtig von der Aufgabe aus, die dem Geschäftsbericht obliegt, nämlich Erläuterung der Bilanz (und der Gewinn- und Verlustrechnung) und Darstellung der Geschäftslage und der Rentabilität des Unternehmens (oben S. 302); aber es irrt meines Erachtens darin, daß es diese beiden Aufgaben in eine unmittelbare Zweckbeziehung zu den von der Generalversammlung zu fassenden Entschließungen setzt (Entlastung des Vorstandes, Neuwahl des Aufsichtsrats, Verteilung von Reingewinn). Wie die Bilanz genau denselben Inhalt haben würde, auch wenn sie nicht durch die Zeitungen bekannt gemacht werden müßte (oben S. 295), so würde auch der Inhalt des Geschäftsberichts kein anderer sein, wenn die Generalversammlung ihn lediglich zur Kenntnis zu nehmen und gar keine Beschlüsse daraufhin zu fassen haben würde. Beispielsweise darf ein an sich aufnahmepflichtiges, für die Tätigkeit des Aufsichtsrats charakteristisches Ereignis nicht deshalb mit Stillschweigen übergangen werden, weil eine Neuwahl des Aufsichtsrats gar nicht auf der Tagesordnung der Jahresversammlung steht[12]), und ebensowenig darf ein an sich aufzunehmender Umstand lediglich deshalb fortgelassen werden, weil ein Reingewinn nicht erzielt ist und also auch über dessen Verteilung nichts beschlossen werden kann: nach der Auffassung des Reichsgerichts würde beim Zusammentreffen dieser beiden negativen Voraussetzungen der Geschäftsbericht nur dasjenige enthalten müssen, was geeignet ist, den

12) HGB. § 248 Abs. 3; nur das einzelne Mitglied des Aufsichtsrats kann jederzeit durch qualifizierten Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung abberufen werden (§ 248 Abs. 4).

Beschluß der Generalversammlung auf formelle Entlastung der beiden anderen Gesellschaftsorgane zu beeinflussen! Insoweit ist also die Formulierung des Reichsgerichts sogar zu eng.

Das Reichsgericht hat sich aber nicht darauf beschränkt, ein allgemeines Prinzip über den Inhalt des Geschäftsberichts nach dem supponierten Zwecke dieses Berichts aufzustellen, sondern es verlangt weiter, daß im Geschäftsbericht bekannt gemacht werden sollen alle „außergewöhnlichen, über den Rahmen der regelmäßigen Geschäftsabwickelung hinausgehenden Maßnahmen des Vorstandes und Aufsichtsrats, die für die Art der Führung der Geschäfte von einschneidender Bedeutung sind und in den Augen der Aktionäre nicht ohne Einfluß auf die Vertrauenswürdigkeit der Gesellschaftsorgane sein können", und mit dieser Forderung geht das Reichsgericht viel zu weit. Denn schließlich sind die meisten mißglückten Unternehmungen geeignet, das Urteil der Aktionäre über die Vertrauenswürdigkeit der Gesellschaftsorgane zu beeinflussen, und daher käme es nur darauf an, festzustellen, ob ein solches Unternehmen als außergewöhnliches, über den Rahmen der gewöhnlichen Geschäftsabwickelung hinausgehendes anzusehen ist: mit der Bejahung dieser Frage wären Vorstand und Aufsichtsrat bei Strafe verpflichtet, im Geschäftsbericht davon Mitteilung zu machen, und ebenso auch von jedem angefangenen Geschäfte, sobald sich herausgestellt hat, daß es starken Verlust bringen wird. Die Gesellschaftsorgane würden also nicht nur verpflichtet sein, daraus einen richtigen Schluß auf die Geschäftslage der Gesellschaft zu ziehen, sondern sie müßten das Mißgeschick selbst an die große Glocke hängen und dadurch die Gesellschaft erst recht diskreditieren!

Die Formulierung des Reichsgerichts gibt auch, wenn man sie im einzelnen prüft, zu großen Bedenken Anlaß. Was ist

eine „Geschäftsabwickelung" und was gar eine „regelmäßige"? Und ist es überhaupt angängig, z. B. angesichts eines riesigen Bank- oder Industrieunternehmens, das seine geschäftlichen Fäden über den ganzen Erdkreis spannt, von einer „Geschäftsabwickelung" zu sprechen, ein Ausdruck, der vielleicht bei einem offenen Kramladen am Platze sein mag? Und welche Umstände sind für die Art der Geschäftsführung „von einschneidender Bedeutung"? Damit vermag ich eine klare Vorstellung nicht zu verbinden.

Mit allen solchen allgemeinen Anweisungen ist eben gar nichts anzufangen, vielmehr ist der Geschäftsbericht so zu gestalten, daß sich daraus ein richtiger Schluß auf die Geschäftslage und die Rentabilität des Unternehmens ergibt: wieviel an Mitteilungen über tatsächliche Vorgänge dazu erforderlich ist, das bleibt — nach den eigenen Worten des reichsgerichtlichen Erkenntnisses — den pflichtmäßigen Erwägungen der Gesellschaftsorgane überlassen, denn diese sind nach §§ 241, 249 auch verpflichtet zur Geheimhaltung von Tatsachen, deren Bekanntwerden für die Gesellschaft verderblich sein würde, und ihre Mitglieder machen sich sogar straffällig, wenn sie durch Aufnahme eines Umstandes in den Geschäftsbericht „absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft handeln" (HGB. § 312). Allerdings verlangt der § 314 die Erstattung eines wahren und nichts verschleiernden Geschäftsberichts, und diese Forderung ist eine absolute, sie darf nicht aus Angst vor einer möglichen Schädigung der Gesellschaft außer acht gelassen werden, insoweit ist selbst eine bewußte Schädigung der Gesellschaft geboten und trotz § 312 straflos, aber die Erfüllung dieser Pflicht ist mit der Verschweigung wichtiger Tatsachen in der Regel durchaus vereinbar.

Auch von solchen Schriftstellern, die diesem Gedankengange nicht fernstehen, ist behauptet worden, daß Vorstand

und Aufsichtsrat verpflichtet seien, sich bei den der Generalversammlung zu machenden Vorlagen genau so zu verhalten, wie ein Beauftragter sich seinem Auftraggeber gegenüber zu verhalten hat[18]). Wenn ich dieser Ansicht (unter einem später anzugebenden Vorbehalt) entschieden entgegentreten muß, so geschieht es nicht aus formalen juristischen Gründen, wie z. B. daß die Generalversammlung nicht identisch mit der Aktiengesellschaft sei oder daß ein „Organ" nicht zugleich ein „Beauftragter" sein könne; umgekehrt lege ich aber auch keinen Wert auf die Unterscheidung, daß für die Bilanz auch die Generalversammlung verantwortlich ist, weil sie dieselbe zu genehmigen hat, während für den Geschäftsbericht lediglich die beiden anderen Organe die Verantwortlichkeit tragen und die Generalversammlung ihn nur entgegennimmt. Was mich zum Widerspruch veranlaßt, ist vielmehr ein rein praktischer Grund.

Für den Auftraggeber gibt es überhaupt keine Geschäftsgeheimnisse, unbedenklich ist ihm vollständig Rechenschaft abzulegen über alles, was der Beauftragte in seinem Interesse getan hat; denn da dies ein reines Internum zwischen beiden Personen bleibt, so kann weder der Auftraggeber selbst dadurch geschädigt, noch können seine Beziehungen zu dritten Personen dadurch gestört werden. Würde der Beauftragte aber genötigt sein, diese vertraulichen Mitteilungen ihm in Gegenwart zahlreicher Personen zu machen oder als gedruckten Bericht in Tausenden von Exemplaren zu verbreiten und durch die Zeitungen zu veröffentlichen, so wäre der Auftraggeber sicher der erste, dagegen zu protestieren, daß seine intimsten Geschäftsinteressen in solcher Weise der Oeffentlichkeit preisgegeben werden; er würde dann ganz gewiß darauf verzichten, sich ein selbständiges Urteil über den Stand seiner Geschäfte zu bilden, und vorziehen, sich auf die Darstellung seines Vertrauensmannes zu verlassen.

18) So schon Mittelstädt in der DJZ. 7, 521, dann ausführlich Bondi, a. a. O. 194 ff.

In der gleichen Lage befindet sich aber die Aktiengesellschaft bezw. die Gesamtheit der Aktionäre, deren Interesse in der Generalversammlung verkörpert ist. Die Aktionäre wissen sehr wohl, daß sie auf einen Einblick in den Geschäftsbetrieb ihrer Gesellschaft verzichten müssen, da dies im Erfolg der Offenlegung des Betriebs für jedermann und damit der Lahmlegung des ganzen Geschäfts gleichkommen würde: wer aber den Zweck will — ein blühendes Unternehmen — muß auch das Mittel wollen — den Verzicht auf jeden Einblick in das Innerste seines Betriebs. Gerade aus diesem Grunde wählt die Generalversammlung in der Person der Aufsichtsratsmitglieder eine weitere Anzahl von Vertrauensmännern, denen ein solcher Einblick offensteht. Wenn dieses Organ in Wirklichkeit nicht selten versagt, wenn der Aufsichtsrat den Vorstand nicht genügend kontrolliert oder gar selbst mit ihm gegen die Generalversammlung konspiriert, so mag dies ein schlechtes Licht auf die Gestaltung unseres Aktienrechts werfen oder auch als ein neuer Beweis für die Unvollkommenheit aller menschlichen Einrichtungen angesehen werden, aber es kann uns nicht veranlassen, Rechtssätze aufzustellen, durch deren Befolgung ein vernünftiger Geschäftsbetrieb unmöglich gemacht wird und die deshalb unbefolgt bleiben müßten.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist nicht nur der Inhalt des Geschäftsberichts zu beurteilen, sondern auch die — oben S. 298 zurückgestellte — Frage zu beantworten, ob Vorstand und Aufsichtsrat befugt sind, sog. stille Reserven in die Bilanz einzustellen, ohne der Generalversammlung davon bei der Vorlage der Bilanz Mitteilung zu machen. Wenn sie Grund zu der Annahme haben, daß eine solche Bekanntgabe für das Gedeihen der Gesellschaft schädlich sein würde, so dürfen sie es unterlassen; sollte jedoch (das Gesetz oder) das Statut ausdrücklich einen Maximalbetrag für Rücklagen und Abschreibungen

vorsehen, so darf eine über dieses Maß hinausgehende Anlegung von stillen Reserven nicht erfolgen, ohne daß zugleich im Geschäftsbericht davon Mitteilung gemacht wird, weil die Generalversammlung durch Genehmigung der Bilanz eine (Gesetzes- oder) Statutenbestimmung verletzen und ihren Beschluß dadurch einer Anfechtungsklage aussetzen würde (§ 271).

Nunmehr sind wir auch in der Lage, die Schranken für das sog. Fragerecht des einzelnen Aktionärs, oder vielmehr für die Antwortspflicht des Vorstandes und Aufsichtsrats richtig zu ziehen. Was nicht in den Geschäftsbericht aufgenommen werden darf, darüber brauchen die Geschäftsorgane den einzelnen Aktionären auch nicht Rede und Antwort zu stehen, und häufig dürfen sie es auch nicht. Sonst brauchte ja ein Konkurrent nur eine einzige Aktie zu erwerben, um in die Lage zu kommen, der Gesellschaft alle ihre Geschäftsgeheimnisse abzufragen. Andererseits wird sich aber in der Generalversammlung doch manches sagen lassen, was man nicht in einem gedruckten Geschäftsbericht den indiskreten Blicken aller Welt schwarz auf weiß preisgeben will; daher können Vorstand und Aufsichtsrat zur mündlichen Auskunftserteilung über einen Umstand befugt sein, durch dessen Aufnahme in den Geschäftsbericht sie sich einer Pflichtverletzung nach § 241 bezw. § 249 des HGB. schuldig machen würden.

Diese ganze Rechtslage ändert sich aber vollständig, sobald die Generalversammlung als solche durch einen ordnungsmäßig zu stande gekommenen Beschluß die rückhaltlose Offenlegung irgend einer Angelegenheit verlangt. Hier ist der Punkt, wo ich der von Mittelstädt und Bondi verteidigten Mandatstheorie (oben S. 309) durchaus beitrete. Die Generalversammlung ist nicht nur das höchste Organ der Gesellschaft, sondern in ihr verkörpert sich auch das Interesse der gesamten Gesellschaftsmitglieder, und wenn diese ihr eigenes

Interesse preisgeben wollen, um volle Aufklärung über gewisse geschäftliche Umstände zu erlangen, so sind die beiden anderen Organe zwar verpflichtet, auf die gefährlichen Folgen hinzuweisen, welche die Erfüllung dieser Forderung für das Schicksal der Gesellschaft haben würde, aber wenn die Generalversammlung trotzdem darauf besteht, dann haben sie nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, ohne jede Rücksicht auf das Geschäftsinteresse die verlangte Auskunft zu erteilen. In diesem Falle, aber auch nur in diesem Falle, tritt ein Gegensatz zwischen § 260II und § 314 Z. 1 in die Erscheinung. Für gewöhnlich deckt sich nämlich die civilrechtliche Verpflichtung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nach § 260II (i. V. mit §§ 241, 249) und die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 314 Z. 1 vollständig, in beiden Richtungen ist dem Gesetze Genüge geschehen, wenn der Geschäftsbericht keine Unwahrheit und keine Verschleierung enthält[14]. Das ändert sich aber, sobald die Generalversammlung unter den geschilderten Voraussetzungen eine Ergänzung des Geschäftsberichts begehrt: wenn Vorstand und Aufsichtsrat sich weigern, diesem Begehren nachzukommen, so machen sie sich strafrechtlich nicht verantwortlich, aber sie verletzen ihre civilrechtlichen Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft; wenn sie umgekehrt dem Beschluß der Generalversammlung Folge geben und dadurch die Gesellschaft schädigen, so sind sie nicht nur von jeder civilrechtlichen Verantwortlichkeit frei, sondern sie „handeln auch nicht absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft" und unterliegen daher auch nicht der Bestrafung aus § 312 des HGB., der sie möglicherweise unterliegen würden, wenn sie aus freien Stücken und ohne durch das Gebot der Aufrichtigkeit (§ 314 Z. 1) dazu genötigt zu sein, eine für die Gesellschaft nachteilige Tatsache in den Geschäftsbericht aufgenommen hätten.

14) Dies leugnet Mittelstädt a. a. O., der für alle Fälle einen Gegensatz zwischen § 260II und § 314 Z. 1 konstruiert.

IV.

Ich rekapituliere die wichtigsten Resultate: Es ist zwischen Bilanz und Geschäftsbericht streng zu unterscheiden, aber nicht aus dem äußerlichen Grunde, daß jene in den Zeitungen veröffentlicht werden soll, dieser nicht, sondern weil ihr inneres Wesen verschieden ist.

Die Bilanz gibt ein nach Kategorien geordnetes Zahlenbild vom Vermögensstand der Gesellschaft am letzten Tage des Geschäftsjahres. Sie muß daher nicht nur wahr, sondern auch vollständig sein, doch darf sie die Lage der Gesellschaft ungünstiger darstellen, als sie wirklich ist, auch stille Reserven sind gestattet. Also reduziert sich das Prinzip der Bilanzwahrheit und Bilanzvollständigkeit auf folgende Vorschriften: Es darf kein Passivum zu niedrig angesetzt sein oder ganz fehlen, es darf kein Aktivum zu hoch angesetzt sein, und es muß jeder Posten unter einer zutreffenden Bezeichnung eingestellt sein. Veränderungen im Vermögensstande, die erst nach dem Schluß des letzten Geschäftsjahres eingetreten sind, werden nicht berücksichtigt.

Der Geschäftsbericht enthält eine Geschichtserzählung und einen Ausblick in die Zukunft, er hat eine Erläuterung der Bilanz sowie eine richtige, nichts Ungünstiges verschleiernde Darstellung der geschäftlichen Lage und der Rentabilität des Unternehmens zu gewähren, er soll also ebenfalls wahr, aber er soll und kann nicht vollständig sein. Während die Bilanz durch ihre rein abstrakte und arithmetische Natur schon eine starke Garantie gegen die Preisgabe materieller Geschäftsgeheimnisse bietet, muß beim Geschäftsbericht eine vorsichtige Auswahl der mitzuteilenden tatsächlichen Vorgänge stattfinden. Für diese Auswahl lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen, vielmehr bleibt sie der pflichtmäßigen Erwägung des Vorstandes und Aufsichtsrats nach § 314 Z. 1 einerseits und

nach §§ 241, 249 und 312 andererseits überlassen. Doch sind auch solche Umstände zu beachten, die erst nach Schluß des Geschäftsjahres eingetreten sind, und wenn sich stille Reserven in der Bilanz befinden, die gegen eine ausdrückliche Vorschrift der Statuten eingestellt sind, so ist dies im Bericht zu erwähnen. Analog ist das sog. Fragerecht des einzelnen Aktionärs zu beurteilen, doch können Vorstand und Aufsichtsrat möglicherweise zur mündlichen Auskunftserteilung über einen Umstand befugt sein, durch dessen Aufnahme in den Geschäftsbericht sie sich einer Pflichtverletzung schuldig gemacht hätten.

Die Rechtslage ändert sich, wenn die Generalversammlung durch einen ordnungsmäßig zu stande gekommenen Beschluß, nach vorheriger Aufklärung über dessen Tragweite, völlige Offenlegung eines im Geschäftsbericht verschwiegenen Umstandes begehrt: dann haben die beiden anderen Organe nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, ohne jede Rücksicht auf das Interesse der Gesellschaft die verlangte Auskunft zu erteilen.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3175

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3175

Jherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

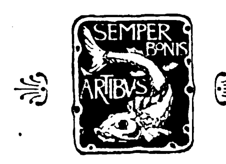
Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und Dr. Victor Ehrenberg,
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Fünfzehnter Band.
51. Band von „Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".
Fünftes und sechstes Heft.



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1907.

Zitierweise nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentages: Jherings J.

Inhalt.

Nachdruck verboten.

X.

Zur Lehre vom Klagrecht.

Von Professor Dr. E. Hölder in Leipzig.

I. Klagrecht und Urteil.

Seit meiner Abhandlung über das Klagrecht in diesen Jahrbüchern (Bd. 46 S. 265 ff.) haben den Begriff desselben von neuem behandelt Hellwig[1]) und Degenkolb[2]). Während dieser auf meinen Klagrechtsbegriff eingeht, erledigt ihn Hellwig in seiner den „Stand der Frage" behandelnden Einleitung (S. 4 Note 6) mit der Bemerkung, daß ich früher seiner Ansicht nahegestanden habe, aber neuerdings immer mehr die privatrechtliche Natur des Klagrechts betone. Er nennt dabei meine Abhandlung eine Ueberarbeitung eines Programms, das sie vielmehr wörtlich wiedergibt, wie ich zu bemerken nicht unterlassen hatte. Meine Arbeit über Ansprüche und Einreden im ArchCivPrax. (93 S. 1 ff.), von der ich hervorgehoben hatte, daß Hellwig sie bei der Abfassung des ersten Bandes seines Prozeßlehrbuchs noch nicht gekannt habe, berücksichtigt er auch in seiner neuen Schrift nicht. Mit Recht sagt er, daß ich neuerdings die privatrechtliche Natur des Klagrechts mehr be-

1) Klagrecht und Klagmöglichkeit. Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Zivilprozeßrechts 1905.

2) Der Streit über den Klagrechtsbegriff in seinen Beiträgen zum Zivilprozeß 1905.

tone; doch schreibe ich ihm nicht ausschließlich eine solche zu. Ich sehe im Klagrechte eine Rechtslage, die durch Klage geltend gemacht werden kann. Jede Geltendmachung einer Rechtslage bezweckt deren praktische Behandlung als einer existenten. Sie kann ihren Zweck verfehlen trotz der Existenz und erreichen trotz der mangelnden Existenz der geltend gemachten Rechtslage. So ist die Mahnung des angeblichen Schuldners, wenn sie ihn zur Leistung bestimmt, eine erfolgreiche Geltendmachung des nicht bestehenden Forderungsrechtes und die Mahnung des wirklichen Schuldners, wenn sie ihn nicht zur Leistung bestimmt, eine erfolglose Geltendmachung des bestehenden Forderungsrechtes. Während aber die erfolglose private Geltendmachung eines Rechts wiederholt und der eingetretene Erfolg der Geltendmachung eines nicht bestehenden Rechtes angefochten werden kann, so ist dies im Fall seiner gerichtlichen Geltendmachung ausgeschlossen durch die Rechtskraft des Urteils. Dieses ist eine durch jene unanfechtbare[8]) Feststellung. Jede Feststellung bezweckt, daß etwas feststeht, was bisher nicht feststand. Sie erreicht diesen Zweck, wenn sie rechtsgültig ist. Die Rechtsgültigkeit einer privaten Feststellung ist bestreitbar. Die Rechtsgültigkeit des rechtskräftig gewordenen Urteils ist nicht bestreitbar. Jede rechtsgültige Feststellung ersetzt die bisherige Rechtslage durch eine andere. Sie ist nicht eine Konstatierung oder Deklaration der bisherigen Rechtslage. Wäre ihr Zweck, eine solche zu sein, so hinge es von der Uebereinstimmung ihres Inhalts mit der bisherigen Rechtslage ab, ob sie ihren Zweck erreicht oder verfehlt hätte, könnte sie also nicht unabhängig von jener zu Recht bestehen. Wie die sogenannte authentische Aus-

8) Die Bezeichnung der Anfechtung beschränkt sich nicht auf die Geltendmachung einer Anfechtbarkeit im technischen Sinn, sondern umfaßt auch einesteils die Geltendmachung einer Nichtigkeit, anderenteils die Forderung der Beseitigung eines nicht gerechtfertigten Erfolges.

legung eines früheren Gesetzes nicht eine wirkliche Auslegung desselben, sondern ein neues Gesetz ist, das seinem Inhalte dieselbe Geltung beilegt, wie wenn ihn schon jenes enthalten hätte, so gibt die Feststellung einer konkreten Rechtslage ihr eine bestimmte Gestalt unabhängig davon, ob sie diese bisher hatte, mit der Wirkung, daß es praktisch gleichgültig ist, ob sie bisher eine andere Gestalt hatte. Ihr Motiv kann namentlich die Annahme der Uebereinstimmung ihres Inhalts mit der bisherigen Rechtslage sein, und sie kann wegen der Unrichtigkeit dieser Annahme anfechtbar sein, was aber im Fall eines rechtskräftigen Urteils ausgeschlossen ist. Dieses ändert die bisherige Rechtslage auch dann, wenn sein Inhalt mit ihr übereinstimmt, doch dadurch, daß es sie der Möglichkeit der Anfechtung entrückt. Wie die richterliche Feststellung einer bereits bestehenden aber bisher anfechtbaren Rechtslage sie zu einer solchen macht, die nicht mehr angefochten werden kann, so hat die Abweisung der Klage wegen einer Einrede eine nicht schon der Existenz dieser zukommende Wirkung. Wäre die Abweisung der Klage wegen eingetretener Verjährung lediglich eine Deklaration, so würde sie deklarieren, daß der geltend gemachte Anspruch nur noch die Bedeutung hat, die ihm die Verjährung läßt. Sie nimmt ihm aber auch diese, da er von jetzt an nicht mehr ein nur verjährter, sondern ein aberkannter ist[4]). Dies verkennt namentlich Zitelmann (Das Recht des BGB., Allg. Teil S. 29). Wer möchte aber etwa auf einen wegen eingetretener Verjährung aberkannten Anspruch § 390 BGB. anwenden?

Hellwig (Lehrb. 2 S. 39) erklärt, daß das Urteil, „soweit es nur deklariert, in den materiellen Rechtszustand nicht eingreift (nicht ius facit, sondern nur pro veritate accipitur)". Diese zwei von Hellwig einander entgegengesetzten

---

4) Darauf habe ich aufmerksam gemacht ZZP. 29, 72.

römischen Wendungen bedeuten aber vielmehr dasselbe. Die eine wie die andere wird, wie längst Brinz (Pand.[2] 1 S. 348 ff.) bemerkt hat, nicht gebraucht für die Wirkung gewöhnlicher Urteile (das ius facere inter partes, das ihnen die Neueren zuschreiben, kommt in den Quellen nirgends vor), sondern für die Fälle, wo das keiner Anfechtung mehr ausgesetzte Urteil einen Rechtszustand schafft, den jeder gelten lassen muß. Daß es pro veritate accipitur, bedeutet also nicht, daß es „nur deklariert". Sein Inhalt gilt nicht anstatt der Wahrheit, sondern als Wahrheit, oder, was dasselbe ist, es schafft den durch dasselbe als existent bezeichneten Rechtszustand. War die bestrittene Freiheit eines Menschen rechtskräftig festgestellt, so war er dadurch frei geworden, falls er bisher unfrei war. Hat dagegen der Kläger mit seiner Eigentumsklage gesiegt, so ist er dadurch nicht, falls er bisher nicht Eigentümer war, Eigentümer geworden, wenngleich nun zwischen den Parteien und ihren Rechtsnachfolgern alles so steht wie wenn er Eigentümer wäre. Handelt es sich um ein Rechtsverhältnis, das in einer Beziehung der Parteien aufgeht, so spielt die Beschränkung der res iudicata auf die Parteien insofern keine Rolle, als kein Unterschied ist zwischen der in ihrem gegenseitigen Verhältnisse und der überhaupt existierenden oder nicht existierenden Rechtslage. Daher ist die rechtskräftig zuerkannte Forderung, falls sie bisher nicht bestand, entstanden und die rechtskräftig aberkannte Forderung, falls sie bisher bestand, erloschen. Aber auch hier ist das Urteil nicht ein solches, das ius facit oder pro veritate accipitur, d. h. wenn jenes Rechtsverhältnis Bedeutung hat für Dritte, ist für sie nicht durch das Urteil seine Existenz oder Nichtexistenz gegeben[5]). Nach Hellwig „beschränkt sich" des-

5) Der Satz der ZPO. (§ 325), wonach „das rechtskräftige Urteil wirkt gegen die Parteien" und ihre Rechtsnachfolger, sagt nach Seuffert (Komm.[9] 1 S. 493) nicht, daß es grundsätzlich nur für und gegen sie

halb, weil das Urteil „nur pro veritate accipitur" seine „Feststellungswirkung auf die Prozeßparteien", während die Römer jene Wendung nur vor einem Urteil gebrauchen, dessen Feststellungswirkung dieser Beschränkung nicht unterliegt, weil die Wahrheit jeder gelten lassen muß.

Die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantwortet nicht die Frage, ob es schon vorher bestanden hat, macht sie aber zu einer solchen, die keine praktische Bedeutung mehr hat. Der ältere Anspruch unterscheidet sich zu seinen Ungunsten von einem jüngeren durch die näher liegende Gefahr seiner Verjährung; gerade für diese ist aber der durch das Urteil zuerkannte Anspruch unzweifelhaft ein seit ihm bestehender. Soweit das Alter eines Rechts Bedeutung hat zu seinen Gunsten, bedeutet seine Feststellung als eines seit bestimmter Zeit bestehenden seine Gleichstellung mit einem solchen, das seit dieser Zeit bestanden hat. Begründet die Eigenschaft eines Anspruchs, seit bestimmter Zeit zu bestehen, eine Erweiterung seines Inhalts, so kommt dem Inhalte des durch das Urteil zuerkannten Anspruchs diese Erweiterung nicht zu durch seine Existenz seit jener Zeit, sondern durch ihre Zuerkennung.

Gleich jeder rechtsgültigen Feststellung ist so das Urteil

---

wirkt. Er bezweckt aber doch die Bestimmung der Wirkung des Urteils, und er hat nicht bezweckt, sie über ihre bisherigen durch das römische und gemeine Recht gegebenen Grenzen hinaus auszudehnen. In den Digesten beginnt aber gleich der Titel de exceptione rei iudicatae mit dem Satze: cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant und heißt es in l. 3: exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur. Es ist also ohne jeden Anhalt in unseren Quellen, wenn Seuffert (im Anschluß an Mendelssohn Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 1900) sagt, es sei „vielmehr davon auszugehen, daß die durch das Urteil geschaffene Normierung des Rechtsverhältnisses der Parteien . . . von jedem Dritten respektiert werden muß", was für die römischen Quellen sich noch besonders dadurch ergibt, daß nur ausnahmsweise das Urteil ius facit oder pro veritate accipitur.

selbst dann nicht eine Konstatierung einer unabhängig von ihm existierenden, sondern eine Bestimmung einer kraft desselben existierenden Rechtslage, wenn der Grund, aus dem es so und nicht anders ergangen ist, kein anderer ist als der Glaube des Richters an die Existenz dieser Rechtslage als einer durch die wirkliche faktische Sachlage gegebenen. Dies ist aber keineswegs immer der Fall.

Die Geltendmachung einer bestimmten Rechtslage ist auch eine Geltendmachung einer bestimmten sie ergebenden faktischen Sachlage. Das Urteil verhält sich aber zu dieser anders als zu jener. Indem es jene bestimmt, ändert es sie für den Fall, daß sie bisher eine andere war, wogegen es die faktische Sachlage nicht ändern kann. Sowohl die Klage als das Urteil bedarf der Begründung durch Hinweisung auf die faktische Sachlage. Die Begründung der Klage bezeichnet die nach dem Willen des Klägers dem Urteil zu Grunde zu legende, die Begründung des Urteils die ihm vom Richter zu Grunde gelegte Sachlage. Weder die eine noch die andere ist identisch mit der wirklichen Sachlage. Welche Sachlage wirklich besteht, kann weder die Klage noch das Urteil bestimmen. Die Klage bestimmt aber, welche Sachlage allein einem ihr stattgebenden Urteil zu Grunde gelegt werden darf. Bestreitet der Beklagte diese nicht, so muß sie der Richter dem Urteil zu Grunde legen, wenngleich er vielleicht weiß, daß sie nicht existiert[6]. Die Parteien können also, oder genauer, der Kläger kann, wenn der Beklagte nicht widerspricht, dem Richter vorschreiben, welche faktische Sachlage er dem Urteil zu Grunde zu legen hat. Der Widerspruch des Beklagten dagegen bedeutet, daß jene Sachlage nicht ohne weiteres dem Urteil zu Grunde gelegt werden

---

6) Die Ausnahmsfälle, wo der Richter gewisse Umstände, z. B. solche, woraus sich die Unsittlichkeit des geltend gemachten Rechtsgeschäfts ergibt, von Amts wegen zu beachten hat, bleiben hier außer Betracht.

darf als einem der Klage stattgebenden, dagegen nicht auch, daß sie ihm nicht zu Grunde gelegt werden dürfte als einem die Klage abweisenden. Die Sachlage, die der Kläger zu seinen Gunsten geltend macht, muß er auch zu seinen Ungunsten gelten lassen[7]), und wenn das Urteil zu Gunsten des Klägers sich nur gründen kann auf die Tatsachen, die er geltend gemacht hat, so muß er abgewiesen werden, sobald sie die Existenz des von ihm geltend gemachten Rechts nicht ergeben, also um so mehr, wenn sie positiv ergeben, daß es nicht existiert. Der Beklagte kann ein Interesse haben, daß die Klage nicht wegen dieser nach seiner Meinung vielleicht gar nicht zutreffenden, sondern wegen anderer Tatsachen abgewiesen werde. Dieses Interesse hat aber keine rechtliche Bedeutung. Der Kläger, der ein Urteil zu seinen Gunsten nur als ein auf bestimmte Tatsachen gegründetes haben will, kann dies dadurch erreichen, daß er nur sie geltend macht. Damit der durch sie nicht begründeten Klage nicht stattgegeben werde, ist irgend eine Tätigkeit und insbesondere eine Behauptung des Beklagten nicht erforderlich. Mag er an der Aufstellung und dem ihm gelingenden Beweise einer solchen ein noch so großes Interesse haben, so ist doch der Richter nicht in der Lage sich darauf einzulassen, wenn schon die vom Kläger geltend gemachte Sachlage die Klage nicht als begründet ergibt.

Die durch den Kläger geltend gemachte faktische Sachlage unterscheidet sich von der durch ihn geltend gemachten Rechtslage dadurch, daß jene dem Urteil zu Grunde zu legen ist, sobald sie der Beklagte nicht bestreitet, also insbesondere dann, wenn er überhaupt am Prozesse nicht mitwirkt. Ob dagegen jene Sachlage die vom Kläger geltend gemachte Rechtslage ergibt, ist Sache richterlicher Beurteilung nach der Vorschrift des

7) Darüber vergl. neuestens Stölzel, Schulung für die zivil. Praxis[4] 2, 52.

Rechts. Davon besteht eine Ausnahme im Falle eines Anerkenntnisses des Beklagten. Dieses begründet nach § 307 ZPO. die Verurteilung unabhängig von der durch den Kläger geltend gemachten faktischen Sachlage, aber nur auf dessen Verlangen. Hier verlangt sie der Kläger und vollzieht sie das Urteil nicht auf Grund der ursprünglich durch die Klage geltend gemachten Sach- und Rechtslage. Ist eine Darlehensklage erhoben, so gibt ihr nach erfolgtem Anerkenntnis auf Verlangen des Klägers der Richter statt als einer nicht mehr auf die ursprünglich vom Kläger geltend gemachte Tatsache des Darlehens, sondern auf die Tatsache des Anerkenntnisses gegründeten. Wäre die richterliche Feststellung der Darlehnsforderung ein selbständiger Zweck der Darlehnsklage, so wäre nicht abzusehen, warum er sollte vereitelt werden können durch das Anerkenntnis des Beklagten. Ist aber der Zweck der Klage die Erlangung der geforderten Summe, so bedarf es zu seiner Erreichung nicht der richterlichen Feststellung des Darlehens, wenn der Beklagte die von ihm verlangte Zahlung unabhängig davon, ob er die Summe empfangen hat, übernimmt. Ist infolge eines solchen Anerkenntnisses die Forderung dem Kläger zuerkannt, so ist sie ihm offensichtlich zuerkannt unabhängig davon, ob sie schon durch das vom Kläger geltend gemachte Darlehen begründet war. Wie steht es aber, wenn der Beklagte zwar die Forderung nicht anerkennt, aber den Empfang des Darlehns nicht bestritten hat?

Hier schreibt unser Gesetz dem Richter vor, den Beklagten zu verurteilen, wie wenn er das Darlehn erhalten hätte, obgleich weder die Geltendmachung seines Empfangs durch den Kläger noch dessen nicht erfolgte Bestreitung durch den Beklagten ihn beweist. Nehmen wir aber auch an, der Kläger hätte den durch den Beklagten bestrittenen Empfang bewiesen und der Beklagte wäre deshalb verurteilt worden, so würde

er auch hier die Summe kraft seiner Verurteilung unabhängig davon schulden, ob er sie schon vorher aus dem Darlehen schuldete; denn einmal ist der für den Richter bewiesene Empfang nicht identisch mit dem wirklichen Empfang, und dann ist, wer ein Darlehen empfangen hat, doch nur so lange Darlehnsschuldner, als seine Verbindlichkeit nicht aus irgend einem Grunde erloschen ist, der aber die Abweisung der Klage nur ergibt als ein für den Richter existierender. Wäre des Richters Aufgabe die Konstatierung der bestehenden Rechtslage, so könnte er seine Aufgabe nicht erfüllen ohne Gewißheit über die für jene maßgebende faktische Sachlage, und, soweit darüber Gewißheit nicht zu gewinnen ist, wäre seine Aufgabe unerfüllbar. Er hat aber vielmehr die Rechtslage zu bestimmen als eine solche, die, wie sie auch bisher sich verhalten haben möge, vom Momente des rechtskräftig gewordenen Urteils an sich so verhält, wie er durch dieses sie bestimmt, wofür ihm vorgeschrieben ist die Uebereinstimmung nicht mit der wirklichen durch die wirkliche faktische Sachlage gegebenen bisherigen Rechtslage, sondern mit der Rechtslage, die sich ergibt aus der nach der Vorschrift des Rechts für ihn existierenden Sachlage.

Wie die Existenz eines bestimmten Rechts beruht auf der Existenz bestimmter Tatsachen, so erfolgt seine Geltendmachung durch ihre Geltendmachung. Wie es aber mir überlassen bleibt, mein Recht geltend zu machen oder nicht geltend zu machen, so bleibt es auch bezüglich jeder Tatsache, die ich zum Zwecke seiner Geltendmachung geltend machen kann, mir überlassen, ob ich sie zu diesem Zwecke geltend machen will. Ebenso bleibt es mir, wenn ein anderer ein angeblich ihm gegen mich zustehendes Recht geltend macht, überlassen, mich dagegen zu wehren. Macht er es geltend ohne Geltendmachung solcher Tatsachen, die seine Existenz ergeben, so brauche ich mich dagegen nicht zu wehren, unterliegt er vielmehr, falls ich es nicht

durch mein Anerkenntnis unabhängig von seiner bisherigen Existenz zur Existenz gelangen lasse. Macht er dagegen Tatsachen geltend, die es ergeben, so dringt er durch, wenn ich mich nicht dagegen wehre durch Bestreitung jener oder Behauptung anderer Tatsachen, wegen deren jene es nicht ergeben.

So ist, damit die Klage durchdringe, erforderlich nicht die Existenz, aber die Geltendmachung einer bestimmten Rechtslage und einer bestimmten sie ergebenden faktischen Sachlage. Die Klage, die eine solche nicht geltend macht, ist abzuweisen. Der Klage, die eine solche geltend macht, ist stattzugeben, wenn der Beklagte sich nicht dagegen wehrt durch die Geltendmachung einer anderen Sachlage, die er vollzieht sowohl durch Bestreitung der vom Kläger behaupteten als durch Behauptung anderer Tatsachen, wegen deren jene die vom Kläger behauptete Rechtslage nicht ergeben. Der Erfolg der Klage ist weder durch eine sie begründende Sach- und Rechtslage gegeben, noch durch deren Fehlen ausgeschlossen. Aber ausgeschlossen ist der Erfolg einer Klage, die nicht eine solche Sach- und Rechtslage geltend macht, und gegeben ist der Erfolg einer Klage, die eine solche geltend macht, wenn der Beklagte entweder die Rechtslage positiv anerkennt oder die sie ergebende Sachlage nicht bestreitet. Jene ist nur im Fall des Anerkenntnisses, diese ist schon im Fall der unterbliebenen Bestreitung etwas, das der Beklagte gelten läßt. Was der Beklagte gelten läßt, muß auch der Richter gelten lassen. Wenn er aber wegen des Anerkenntnisses oder der unterbliebenen Bestreitung der Klagtatsachen der Klage stattgibt, so tut er dies nicht, weil das Klagrecht von vornherein existiert hat, sondern im ersten Falle, weil es durch das Anerkenntnis unabhängig von seiner bisherigen Existenz zur Existenz gelangt ist, und im zweiten Falle, weil es existiert, wenn die Tatsachen zutreffen, die der Kläger behauptet

und der Beklagte nicht bestritten hat, durch deren Behandlung als zutreffender daher etwas dem erklärten Willen des einen gemäßes und nicht dem erklärten Willen des anderen zuwiderlaufendes geschieht. Wenn der Beklagte die vom Kläger geltend gemachte Rechtslage anerkennt, obgleich sie nicht besteht, oder die von diesem geltend gemachte faktische Sachlage nicht bestreitet, obgleich sie nicht zutrifft, so dringt die Klage durch, obgleich sie nicht begründet ist. Hat sie etwa der Kläger, der sie als unbegründet kannte, in der Hoffnung erhoben, der Beklagte werde die von ihm behauptete faktische Sachlage nicht bestreiten, und ist diese Hoffnung in Erfüllung gegangen, weil der Beklagte dem Kläger die Kenntnis der wirklichen Sach- und Rechtslage zutraute und eine wider besseres Wissen aufgestellte Behauptung nicht zutraute, so ist durch das der Klage stattgebende Urteil der bestimmte Anspruch entstanden, aber als ein solcher, dessen den anderen schädigende Entstehung der Kläger bewirkt hat durch sein vorsätzliches, gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten. Kann der andere das beweisen, so kann er das auf Grund des Urteils von ihm Geleistete oder ihm durch Zwangsvollstreckung Entzogene zurückfordern nicht als etwas, das er nicht schuldete, aber nach § 826 als etwas, das er schuldete infolge der gegen die guten Sitten ihn vorsätzlich schädigenden Handlung des Gegners [8]). Ebenso ist, wenn der Beklagte gesiegt hat, obgleich die Klage begründet war, der Anspruch gegen ihn erloschen, aber im Fall der Abweisung der Klage wegen seiner wider besseres Wissen erfolgten

8) Dies ist mit Recht vom Reichsgericht anerkannt (Entsch. in Zivilsachen 46 S. 79) als etwas durch die Rechtskraft des Urteils nicht ausgeschlossenes, durch die es ausgeschlossen wäre, wenn das Urteil eine unanfechtbare Deklaration des unabhängig von ihm bestehenden Zustandes wäre. Verfehlt ist dagegen die Annahme, daß irgendwie der Rechtskraft des Urteils seine den guten Sitten zuwiderlaufende Erwirkung Eintrag tun könnte.

Bestreitung der Sachlage infolge seines gegen die guten Sitten den Kläger vorsätzlich schädigenden und ihn zu dessen Entschädigung verpflichtenden Verhaltens. Erkennt der siegreiche Kläger oder Beklagte nachträglich seine Behauptung oder Bestreitung der Klagtatsachen als unbegründet, so schuldet er zwar von Rechts wegen dem anderen nichts, muß sich aber als redlicher Kläger zur Rückerstattung des Erlangten und als redlicher Beklagter zur Befriedigung des aberkannten Anspruchs verpflichtet fühlen, und diese für sein Bewußtsein bestehende Pflicht hat, wenn sie sein Verhalten bestimmt hat, auch rechtliche Bedeutung als Motiv desselben. Sie hat die Bedeutung, daß seine ihre Erfüllung bezweckende Leistung weder, wenn er sie irrtümlich für eine von Rechtswegen geschuldete hielt, die condictio indebiti begründet, noch um zu Recht zu bestehen, den Erfordernissen der Schenkung genügen muß. Nehmen wir den Fall, daß nach Abweisung der auf einen vom Beklagten bestrittenen Empfang gegründeten Klage der Beklagte sich von jenem Empfang überzeugt und daher zahlt. Soll er, wenn er geglaubt hat, nun von Rechts wegen zahlen zu müssen, das Gezahlte zurückfordern können, weil ihn ein Jurist belehrt, daß jener Glaube irrtümlich war? Und soll etwa, wenn er dem anderen schriftlich mitgeteilt hat, daß er sich nachträglich von seinem Empfang überzeugt habe und binnen bestimmter Frist, deren er zur Aufbringung des Geldes bedürfe, zahlen werde, dieses Versprechen unverbindlich sein, weil es der für das Schenkungsversprechen erforderlichen Form entbehrt?

Für das römische und gemeine Recht war bestritten, ob die Aberkennung einer bestehenden Forderung eine naturalis obligatio übrig lasse. Es ist aber vom engeren Begriffe der naturalis obligatio, die einen Rechtszwang nicht für sich begründet, aber durch ein mit ihr verbundenes weiteres Rechtsverhältnis, wie Pfandrecht und Bürgschaft, begründen kann, zu

unterscheiden der weitere Begriff des naturale debitum, das keinerlei obligatio ist, weil jeder Rechtszwang zum Zweck seiner Erfüllung ausgeschlossen ist, dessen Erfüllung aber weder an die Erfordernisse der donatio gebunden ist, noch, wenn es irrtümlich für eine donatio gehalten wurde, die condictio indebiti begründet [9]). Daß ein solches trotz der absolutio fortbesteht, sagt Julians Ausspruch in l. 60 D. cond. indeb. 12, 6: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. Es ist damit nicht gesagt, daß sein debitum irgendwie gegen ihn geltend gemacht werden könnte. Wohl aber ist es seiner eigenen Anerkennung durch Erfüllung fähig, wie Paulus in l. 28 eod. sagt: Iudex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. Vangerow (Lehrb. der Pand.[7] 1 S. 276) meint, dieser Ausspruch beweise nichts, weil er wissentliche und freiwillige Zahlung voraussetze, die nach allgemeinen Grundsätzen die condictio ausschließe. Es versteht sich aber von selbst, daß die condictio indebiti ausgeschlossen ist, wenn die Leistung nicht die Tilgung eines debitum bezweckte. Daß der Freigesprochene sua sponte leistet, schließt nicht aus, daß er irrtümlich meinte leisten zu müssen, nachdem er seine Verbindlichkeit als eine mit Unrecht verneinte erkannt hatte, und dieser Irrtum würde die Rückforderung begründen, wenn deshalb, weil er nicht, wie er meinte, leisten mußte, keinerlei debitum bestanden hätte. Wenn Tryphonin (l. 13 quib. mod. pig. 20, 6) hervorhebt, daß si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur, so würde auch dies sich schlechthin von selbst ver-

---

9) Schwanert, der in seinem Buch über die Naturalobligationen (1861) diesen Unterschied macht, bestimmt ihn doch nicht richtig und nimmt daher im Fall des freigesprochenen debitor eine naturalis obligatio an, die er in den Quellen „auf das entschiedenste anerkannt" findet, obgleich sie nur sagen: natura debitor permanet (S. 439).

stehen, wenn die Freisprechung keinerlei debitum übrig ließe; läßt sie aber ein solches in gewissem Sinne übrig, so verdient bemerkt zu werden, daß dieses nicht eine obligatio ist und daher nicht das durch das Erlöschen der obligatio erlöschende pignus fortbestehen läßt.

Ist die actio nach der Bestimmung des Celsus (l. 51 D. obl. 44, 7) ius quod sibi debeatur iudicio persequendi, so ist sie gegeben durch die Existenz eines der Verfolgung durch iudicium fähigen debitum, dessen Begriff auch hier weiter ist als der Begriff der obligatio, da es auch besteht für den einer actio in rem Ausgesetzten. Besteht dieses debitum, wie Julian dadurch anerkennt, daß er es trotz der absolutio als naturales fortbestehen läßt, durch die es begründenden Tatsachen unabhängig vom Ausgang des iudicium, so ist es auch in Ermangelung der es begründenden Tatsachen ein nicht bestehendes unabhängig vom Ausgang des iudicium. Dieser hängt nicht davon ab, ob es wirklich, sondern davon, ob es für den iudex besteht. Diese Verschiedenheit ist aber nicht eine grundsätzliche, sondern eine notgedrungene. Wo immer ein Moment bestimmende Bedeutung haben soll für das Verhalten eines Menschen, da kann es sie nur haben, wenn es für ihn existiert. Hat es für ihn nicht existiert, so hat der Umstand, daß es für ihn hätte existieren sollen, Bedeutung für den Beurteiler seines Verhaltens, aber gleichfalls nur, wenn es für diesen existiert. Das Urteil des Richters ist von Rechts wegen der Beurteilung seiner Richtigkeit weder durch ihn selbst noch durch andere zugänglich. Daher kann seine Unrichtigkeit nicht geltend gemacht werden, was aber weder ihre Möglichkeit noch die Möglichkeit ihrer Erkenntnis ausschließt. Der Richter, der nachträglich erkennt, daß er bei seiner Entscheidung ein Moment übersehen hat, durch dessen Beachtung ihr Inhalt ein anderer geworden wäre, erkennt dadurch ihre Unrichtigkeit, woran

der Umstand nichts ändert, daß weder ihm noch einem anderen ihre Berichtigung zukommt. Ob er sich bewußt ist, jenes Moment durch seine Schuld oder ohne seine Schuld übersehen zu haben, macht keinen Unterschied für jene Erkenntnis, wohl aber dafür, ob sie verbunden ist mit dem Gefühle der Verantwortlichkeit, das er im ersten Falle als gewissenhafter Mann haben muß, wenngleich eine rechtliche Verantwortlichkeit für die Unrichtigkeit seines Urteils ebensowenig besteht wie eine sonstige rechtliche Bedeutung dieser.

Der römische iudex kam nicht in den Fall, ein der gegebenen Sache und Rechtslage nicht gemäßes Urteil aus anderen Gründen zu fällen, als weil er sie nicht erkannt hatte. Das Anerkenntnis ließ es nicht zum iudicium kommen. Bezüglich der für die Beurteilung der Rechtslage maßgebenden Würdigung der faktischen Sachlage erfreute sich der iudex voller Freiheit. Für ihn existierte weder das Verbot der Beachtung anderer als der von einer Partei geltend gemachten Tatsachen noch das Gebot, diese, falls sie nicht von der anderen Partei bestritten waren, unabhängig davon, ob sie wirklich zutrafen, dem Urteil zu Grunde zu legen, noch bezüglich bestrittener Tatsachen das Verbot der Verwertung seines privaten Wissens. Durch diese dem römischen Rechte fremden Bestimmungen unseres Rechts ist unser Richter unter Umständen verpflichtet, ein der wirklichen Rechtslage nicht gemäßes Urteil zu fällen, weil er es zu gründen hat nicht auf die wirkliche, sondern auf die durch das Verhalten der Parteien ihm gegebene Sachlage. Dieses Verhalten ist ein solches, das eine bestimmte Sachlage teils geltend macht, teils der anderen sie geltend machenden Partei gegenüber entweder gelten läßt oder nicht gelten läßt. Was keine Partei geltend macht, existiert nicht für den Richter. Was die eine geltend macht und die andere gelten läßt, existiert für ihn schlechthin. Was die eine geltend macht und die andere nicht

gelten läßt, existiert für ihn, falls es bewiesen wird. Man bezeichnet vielfach den Beweis als einen solchen, der dem Richter geliefert wird. Was aber im Prozesse geschieht, das geschieht nicht nur dem Richter, sondern auch der anderen Partei gegenüber. Will sie nicht gelten lassen, was der Gegner geltend macht, so darf es dem Urteil nur zu Grunde gelegt werden, wenn dieser dartut, daß sie es gelten lassen muß.

Der Ausgang jedes Prozesses hängt ab teils von der durch die faktische Sachlage gegebenen Rechtslage, teils vom Verhalten der Parteien im Prozesse. Ein bestimmtes Klagrecht im Sinn der Aussicht darauf, mit einer bestimmten Klage durchzudringen, kann es daher nur geben im Sinne einer Rechtslage, die das Durchdringen der Klage ergeben wird, falls es gelingt, sie durch diese erfolgreich geltend zu machen. Sie wird dieses Ergebnis haben als eine für den Richter existierende, für den sie möglicherweise trotz ihres Bestehens nicht existieren wird, möglicherweise trotz ihres Fehlens existieren wird. Wenn aber so für das Durchdringen der Klage die Existenz der durch sie gemachten Rechtslage weder unbedingt genügt noch unbedingt erforderlich ist, so ist sie doch für deren Durchdringen entscheidend im Fall der Uebereinstimmung der wirklichen und der für den Richter existierenden Sachlage. Und dieser Fall ist der Normalfall. Es ist das Normale, daß der Kläger als redlicher Mensch nicht eine Sachlage geltend macht, die er als nicht zutreffend kennt. Es ist das Normale, daß der Beklagte als redlicher Mensch die vom Kläger geltend gemachte Sachlage gelten läßt, wenn er sie als zutreffend kennt. Es ist aber auch das Normale, daß er als Subjekt seines individuellen vom individuellen Interesse des Klägers verschiedenen Interesses jene Sachlage nicht gelten läßt, wenn er sie nicht als zutreffend kennt. Es ist ferner das Normale, daß in solcher Lage jeder alles tut, was er kann, um zur Auf-

klärung der Sachlage beizutragen, in der Hoffnung, daß als die wirkliche Sachlage die seinem Interesse gemäßere sich ergeben werde. Wenn nun der Richter entscheidet auf Grund der durch diese Tätigkeit der Parteien ihm verschafften Kenntnis der Sachlage und der ihm von Amts wegen zukommenden Rechtskenntnis, so ist das Normale, daß sein Urteil der Rechtslage gemäß ist, und nur in diesem Falle befriedigt es als ein der Klage stattgebendes ein bestehendes Klagrecht und verneint es als ein sie abweisendes ein schon bisher nicht bestehendes Klagrecht. Das Klagrecht besteht gegenüber dem der Klage Ausgesetzten als einem solchen, der, falls die Klage durchdringt, etwas der bestehenden Rechtslage Gemäßes erleidet. Es besteht auch dem Staate oder seinen Organen gegenüber als solchen, die, weil es um einen mit ihrer Hilfe zu erlangenden Erfolg sich handelt, dem Kläger diese schulden. Wenn sie auch in den Fall kommen können, diese Hilfe im Fall eines bestehenden Klagrechts versagen und im Fall eines nicht bestehenden Klagrechts gewähren zu müssen, so ist sie doch grundsätzlich dem bestehenden Klagrechte verheißen. Es erfährt sie nur dann nicht, wenn es als nicht bestehend gilt, und das nicht bestehende Klagrecht erfährt sie nur dann, wenn es als bestehend gilt, und sie ist ausgeschlossen, sobald der Kläger ein solches oder eine ein solches ergebende faktische Sachlage überhaupt nicht geltend macht. Die Tätigkeit der Gerichte ist ein Mittel zur Realisierung existenter und zum Ausschluß der Realisierung nicht existenter Klagrechte, aber sie ist nicht nur dieses. Ein höheres als das Interesse daran ist für den Staat das Interesse an der Erledigung des Prozesses als solcher. Und der Staat hat ein Interesse daran, daß sie nicht nur überhaupt, sondern auch ohne überflüssige Weiterung erfolge. Ueberläßt er es überhaupt den Parteien, ihr entgegengesetztes Interesse am Ausgang des Prozesses geltend zu machen oder nicht geltend

zu machen und dadurch preiszugeben, so ist es nur naturgemäß, daß für den Richter nicht existiert, was keine Partei behauptet, ohne weiteres existiert, was eine Partei behauptet und die andere nicht bestreitet, und nicht ohne Beweis existiert, was die eine behauptet und die andere bestreitet. Allerdings also besteht zwar das Klagrecht auch dem Richter gegenüber, aber nicht vor der Erhebung der Klage und so, daß es ihm durch diese gegeben ist als ein vielleicht existierendes, dessen Existenz er anzunehmen hat, wenn die prozessualischen Bedingungen dieser Annahme zutreffen, und nicht anzunehmen hat, wenn sie nicht zutreffen.

II. Die Lehre Hellwigs.

Ich habe schon in meiner Besprechung von Hellwigs Buch über Anspruch und Klagrecht (ZZP. 29, 59) betont, ein mir zustehendes Klagrecht bedeute, „daß ich eine Klage von bestimmtem Inhalt als eine begründete oder als eine solche erheben kann, die Erfolg haben wird, wenn wir absehen von den für dessen Eintritt maßgebenden prozeßrechtlichen Momenten". Nach Hellwig, dessen neue Schrift diese gegen die Ausführungen seines früheren Werkes gerichtete Bemerkung nicht beachtet, ist es allen Fällen der Gewährung von Rechtsschutz gemeinsam, daß er nur gewährt wird 1) wenn er verlangt ist, 2) wenn er mit Recht verlangt ist, 3) wenn dies dem angegangenen Rechtsschutzorgan dargetan, und, soweit es erforderlich ist, in genügender Weise bewiesen wird. Der Rechtsschutzanspruch ist demgemäß „das prozessuale Recht gegen den Staat darauf, daß er durch seine dazu berufenen Organe auf gehöriges Verlangen seine Entscheidungs- oder Zwangsgewalt zu Gunsten des Rechtsschutzberechtigten gegen den Gegner entfalte, um das Rechtsschutzbedürfnis des Antragsberechtigten zu befriedigen" (S. 12). An dieser Begriffs-

bestimmung ist lediglich das eine richtig, daß der Rechtsschutz nur gewährt wird als verlangter. Und auch dieser Satz ist nicht richtig, wenn man, wie Hellwig tut (S. 9 Note 22 und S. 48 Note 16), auch die Abweisung der Klage als Befriedigung eines Rechtsschutzanspruchs (des Beklagten) bezeichnet. Erfolgt etwa diese nur als eine vom Beklagten verlangte? Erfolgt sie nicht vielmehr ohne jede Tätigkeit desselben, wenn das vom Kläger Verlangte nicht durch Klage verlangt werden kann, wenn er keine sein Verlangen begründende Tatsachen geltend gemacht hat und wenn die von ihm geltend gemachten Tatsachen sein Verlangen nicht als begründet ergeben?

Der Satz, daß Rechtsschutz nur gewährt werde als ein mit Recht verlangter, steht in handgreiflichem Widerspruch dazu, daß der Richter in den Fall kommen kann, ihn gewähren zu müssen, ohne die Frage aufwerfen zu dürfen, ob er mit Recht verlangt ist.

Der Satz, daß die Berechtigung des erhobenen Verlangens dem angegangenen Rechtsschutzorgan dargetan sein müsse, ist gleichfalls unrichtig. Sie hängt ab einesteils von der faktischen Sachlage, anderenteils von den Bestimmungen des Rechts. Die Würdigung dieser kommt dem Richter von Amts wegen zu, wogegen allerdings jene für ihn nur existiert als eine ihm vorgetragene, womit sie aber nicht eine „dargetane" ist, die sie nur sein muß, wenn sie der Gegner bestritten hat.

Verhält es sich so mit den drei von Hellwig unterschiedenen Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruchs, so erheben sich weitere Bedenken gegen seine darauf gegründete Bestimmung dieses Begriffs. Ein lediglich formaler Mangel ist es, daß sie dieselbe Person zuerst als den Rechtsschutzberechtigten, dann als den Antragsberechtigten bezeichnet. Was aber bedeutet die Bezeichnung des Rechtsschutzanspruchs als eines prozessualen Rechts? Ein Recht, das nicht existiert ohne die Existenz eines

Prozesses, meint Hellwig nicht. Wirft er doch den Gegnern vor, daß sie „ein vorprozessuales Klagrecht“ leugnen (S. 32 Note 9 und S. 52 Note 26). Er erklärt, diese Leugnung verstoße „direkt schon gegen den Wortlaut des Gesetzes. Was soll das Recht auf Scheidung (BGB. § 570) sein, wenn es nicht auch ein prozessuales Recht, es im Wege der Klage auszuüben, gibt? Leugnet man das letztere, so leugnet man damit auch das erstere.“ Soll aber, wie Hellwig öfter betont, der Rechtsschutzanspruch zwar ein vorprozessuales, aber doch zugleich ein rein prozessuales Recht sein, so müßte er ein Recht auf einen lediglich prozessualen Erfolg sein. Als einen solchen betrachtet Hellwig in der Tat den Erfolg des Urteils. Wie steht es aber mit dem Vollstreckungsanspruch? Weder der Erfolg des durch Pfändung begründeten Pfandrechts, noch der Erfolg der behufs unmittelbarer Befriedigung einer Forderung erfolgten Wegnahme ist ein rein prozessualer. Und dasselbe gilt unstreitig vom Erfolg eines sog. konstitutiven Urteils. Wenn Hellwig meint, wer ein Recht auf Scheidung habe, müsse „auch“ ein Klagrecht haben, da die Scheidung auf keinem anderen Wege als durch Klage erwirkt werden könne, so geht in Wirklichkeit das Recht auf Scheidung in diesem Klagrecht auf. Als eine Besonderheit seiner Lehre betont Hellwig, daß der Rechtsschutzanspruch ausschließlich gegen den Staat gehe. Er gehe nicht gegen den Beklagten, dessen Unterwerfung unter den ihn befriedigenden Staatsakt nichts anderes sei als die allgemeine Unterwerfung des Untertanen unter den Willen des Staates und seiner Organe (S. 3 Note 5, S. 20 Note 8, S. 44 Note 7). Ist es aber ein Ausfluß meiner allgemeinen Unterwerfung unter die Staatsgewalt, daß ich meine Ehe als eine durch das Scheidungsurteil aufgelöste gelten lassen muß, daß ich mein Geld zur Befriedigung meines Gläubigers mir wegnehmen und den durch seine Wegnahme eingetretenen Ver-

lust meines Eigentums gelten lassen muß? Als Untertan muß ich die Handlungen staatlicher Organe gelten lassen, die sie innerhalb ihrer Kompetenz vollziehen. Es gibt aber keine allgemeine Kompetenz staatlicher Organe, die Ehe, den Besitz und das Eigentum aufzuheben. Nicht überhaupt, sondern nur infolge der erfolgreichen Klage eines anderen muß ich mir solches gefallen lassen. Ich kann es mir gefallen lassen müssen, obgleich die Klage unbegründet war, und nicht gefallen lassen müssen, obgleich sie begründet war, aber nur deshalb, weil die Klage, der das Gericht stattgegeben hat, als eine solche gilt, die begründet war, und die Klage, die es abgewiesen hat, als eine solche gilt, die nicht begründet war.

Der Beklagte wird nach Hellwig (S. 46) durch die Klage nur indirekt angegriffen und muß Kenntnis von dem Angriffe nur deshalb erhalten, um sich dagegen verteidigen zu können. Erhält er sie aber nicht auch zu dem Zwecke, um, wenn er dies vorzieht, die Klage durch Befriedigung des Klägers erledigen zu können? Die Erhebung einer unbegründeten Klage ist nach Hellwig dem Beklagten gegenüber lediglich eine falsche Rechtsberühmung (S. 47). Ist aber etwa meinem Schuldner gegenüber meine Klage auf Zahlung lediglich eine Behauptung seiner Zahlungspflicht und meinem Gatten gegenüber meine Scheidungsklage lediglich eine Behauptung eines Scheidungsgrundes?

Hellwig unterscheidet von den Prozeßvoraussetzungen die Klagvoraussetzungen oder „Voraussetzungen der erfolgreichen Klage" (S. 61), die aber solche nicht sind im Sinne ihrer wirklichen Existenz, sondern im Sinne ihrer Existenz für den Richter. Dieser hat dadurch, daß er auf Grund der mit Unrecht geltend gemachten, vom Beklagten aber nicht bestrittenen Klagtatsachen der Klage stattgegeben, oder auf Grund der mit Recht geltend gemachten, aber vom Beklagten bestrittenen und

nicht bewiesenen Klagtatsachen die Klage abgewiesen hat, die ihm als einem Organ des Staates obliegende Pflicht nicht verletzt, sondern erfüllt. Er war hier verpflichtet, das nicht existente Recht als existent gelten zu lassen, und das existente Recht nicht als existent gelten zu lassen, wenngleich er vielleicht durch sein privates Wissen jenes als nicht existent und dieses als existent kannte. Der Teil, der hier als Kläger trotz seines Rechtes oder als Beklagter trotz des fehlenden fremden Rechtes unterlegen ist, kann nicht sagen, der Staat habe ihm gegenüber seine Schuldigkeit nicht getan. Er kann aber doch sagen, der Gegner habe den Prozeß mit Unrecht gewonnen.

Hellwig (S. 93) sieht in allen Fällen, wo dies zutrifft, „pathologische Fälle", und es ist ihm „ganz unerfindlich", wie man aus ihnen schließen möge, „daß unser Klagrecht nicht existieren könne"; denn „objektiv genommen ist allerdings jenes Recht des Klägers verletzt, wenn er mit einer begründeten Klage abgewiesen ist. Und er kann dies auch durch Anstellung einer Syndikatsklage gegenüber dem schuldigen Richter geltend machen. Im Verhältnis zu dem Gegner aber verbietet es ihm die Rechtskraft, die Unrichtigkeit des Urteils zu behaupten, es sei denn, daß es im Wege der Wiederaufnahmeklage angefochten wird" (S. 93).

Diese Worte, mit denen Hellwigs Schrift schließt, sind schwer begreiflich. Wie mag man sagen, der Kläger könne durch die Syndikatsklage geltend machen, daß durch ein seinem Klagrecht nicht Rechnung tragendes Urteil jenes, objektiv genommen, verletzt ist? Und wie kann dadurch sein Recht gegen den Richter als Organ des Staates verletzt sein, wenn dieser nach den für ihn maßgebenden Normen des Prozeßrechtes seinem Klagrecht nicht Rechnung tragen durfte? War doch hier die Abweisung der Klage dem Richter geboten. Dagegen ist gerade dem Gegner gegenüber, der die Klagtatsachen bestritten und dadurch die Abweisung der Klage bewirkt hat, die Be-

hauptung, daß er mit Unrecht gesiegt hat, zwar eine solche, durch die das Urteil wegen seiner Rechtskraft nicht angefochten werden kann, aber eine solche, die er als richtig erkennen muß, sobald er erkennt, daß die Klagtatsachen zutrafen, und eine solche, worauf sich eine Entschädigungsforderung gegen ihn gründen läßt, wenn er wider besseres Wissen jene Tatsachen bestritten und dadurch die Abweisung der Klage bewirkt hat.

Hellwig unterscheidet materielle und prozessuale Klagvoraussetzungen. Er rechnet das durch die Klage geltend gemachte Recht zu jenen, aber das Klagrecht selbst zu diesen. Eine nur dieses verneinende Entscheidung sei zwar keine „Entscheidung zur Hauptsache, aber nicht eine Prozeßabweisung, sondern Klagabweisung", die dem Kläger „das Klagrecht auf so lange abspricht, bis sich die konkrete Rechtslage so geändert haben wird, daß die Klagvoraussetzung, wegen deren Fehlens die Klagabweisung erfolgte, vorhanden ist" (S. 63 f.). Unter den prozessualen Klagvoraussetzungen unterscheidet Hellwig die allgemeinen und eine besondere. Diese ist „das Vorliegen eines Rechtsschutzgrundes, d. h. eine solche Gestaltung der konkreten Verhältnisse, wie sie das Prozeßrecht fordert, damit ein genügendes Interesse an der Erlangung der Verurteilung, Feststellung oder Rechtsänderung anerkannt werden kann" (S. 71). Diese besondere prozessuale Klagvoraussetzung ist das Klagrecht.

III. Die Bestimmung des Prozeßgegenstandes durch die Prozeßordnung.

Für Hellwig ist ein wesentlicher Punkt die prozeßrechtliche Natur des Klagrechts, woran der Umstand nichts ändere, „daß sich für einzelne Fälle einschlagende Vorschriften in das BGB. verirrt"(!) haben. Gewiß ist nun die prozeßrechtliche oder nicht prozeßrechtliche Natur eines Verhältnisses unabhängig

davon, ob es durch die ZPO. oder durch das BGB. normiert ist. Man kann aber darunter Verschiedenes verstehen. Der Zivilprozeß ist ein Verfahren, das bestimmten Zwecken dient. Seine eigene Normierung und die Normierung dieser Zwecke sind verschiedene, aber miteinander zusammenhängende Dinge. Seine Zwecke liegen, wie die Zwecke jeder nicht um ihrer selbst willen bestehenden Einrichtung, jenseits seines Daseins. Vermöge der Bedeutung, die sie für dieses haben, umfaßt aber seine volle Normierung auch ihre Normierung. Eine andere Frage ist es, ob unsere ZPO. (nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz) die Zwecke des Zivilprozesses normiert hat. Diese Frage läßt sich nur verneinen. Insbesondere hat mit einer vereinzelten Ausnahme (GVG. § 9) unsere Prozeßgesetzgebung die Frage nicht entschieden, inwieweit Gegenstand zivilrechtlicher Entscheidung neben den Privatrechtsverhältnissen auch Verhältnisse des öffentlichen Rechts sind. Daß Gegenstände derselben vor allem jene sind, ist durch unsere Gesetzgebung nicht bestimmt, sondern vorausgesetzt. Bezüglich der Frage, wann ein Privatrechtsverhältnis durch Klage geltend gemacht werden kann, setzt das Gesetz voraus, ohne eine Bestimmung darüber zu treffen, daß dies gilt im Falle einer dem Kläger vom Beklagten für die Gegenwart geschuldeten Leistung. Auch für diesen Fall ist es bestritten, ob ein Klagrecht schon besteht durch die Existenz des fälligen Anspruchs oder erst durch eine Rechtsverletzung des Beklagten, der ihn hätte befriedigen sollen. Auch darüber bestimmt die ZPO. nichts, wenngleich sie das Klagrecht eines solchen, dem „der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben“ hat, dadurch als gegeben erkennen läßt, daß sie ihm, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt, die sonst der unterliegenden Partei obliegenden Prozeßkosten auferlegt (§ 93). Ist hier das Klagrecht durch den fälligen Anspruch gegeben, ohne daß dieser in

jenem aufgeht, da er auch anders als durch Klage geltend gemacht werden kann, so ist nichts anderes als ein Klagrecht der einem anderen gegenüber bestehende Anspruch auf einen solchen Erfolg, der, wie die Ehescheidung, nur durch dessen Belangung geltend gemacht werden kann. Für einen Anspruch, der nur auf bestimmte Art geltend gemacht werden kann, fällt notwendig seine Existenz zusammen mit der Möglichkeit, ihn auf jene Art geltend zu machen. Würde das Prozeßrecht die Möglichkeit der Scheidungsklage bestimmen, so würde es noch einmal bestimmen, was schon das Eherecht bestimmt hat.

Die einzigen Klagen, für die das Klagrecht durch die ZPO. normiert ist, sind die Feststellungsklagen und die Klagen auf künftige Leistung. Für jene gilt dies aber nur zum Teil. Wenn § 156 ihre Möglichkeit bestimmt für den Fall eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung, so bestimmt er nichts darüber, wann ein solches vorliegt. Die Beantwortung dieser Frage ist zwar insofern eine Sache des richterlichen Ermessens, als der Richter seine Existenz annehmen kann in Fällen, für die kein Gesetz sie bestimmt. Wenn aber nach dem Gesetze in bestimmten Fällen auf Feststellung eines bestimmten Verhältnisses geklagt werden kann, so ist in ihnen das rechtliche Interesse an seiner Feststellung durch die Bestimmung des Gesetzes gegeben. Wo immer ein Verhältnis von rechtlicher Bedeutung gegen einen anderen deshalb geltend gemacht werden kann, weil er es bestreitet oder, was dasselbe ist, ein gegenteiliges Verhältnis behauptet, da ist Gegenstand des erhobenen Verlangens seine richterliche Feststellung, wenngleich dies vielleicht der Wortlaut des Gesetzes verdeckt. Kann vom Anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, wem von diesem sein Recht zum Gebrauch eines Namens (§ 12 BGB.) bestritten wird, so bedeutet dies in Wirklichkeit, daß er ihm gegenüber die Feststellung jenes Rechts verlangen kann. Ebenso hatte ich

schon nach gemeinem die generelle Feststellungsklage nicht kennendem Rechte ein Recht auf richterliche Feststellung des bestrittenen Verhältnisses gegen den Bestreiter meines Besitzes, gegen den meine Servitut bestreitenden Eigentümer der dienenden Sache und gegen den an meiner Sache sich eine Servitut Zuschreibenden.

Wenn nun die ZPO. in allen Fällen eines wenngleich nicht gesetzlich festgelegten rechtlichen Interesses an einer alsbaldigen richterlichen Feststellung die Klage auf diese zuläßt, so ist doch für die Frage seiner Existenz nicht ein prozessualer Gesichtspunkt, sondern die außerprozessuale Bedeutung der die Feststellungsklage begründenden Umstände maßgebend. Begründet eine solche gleich der Bestreitung meines Besitzes auch die Bestreitung meines Eigentums? Aus prozessualen Momenten läßt sich ein Unterschied beider Fälle nicht entnehmen. Wäre die richterliche Feststellung als solche der Zweck der Feststellungsklage, so wäre eine Verschiedenheit des rechtlichen Interesses an der Feststellung des bestrittenen Besitzes und des bestrittenen Eigentums nur denkbar im Sinne eines höheren Interesses an dieser als an jener. Die Bestreitung eines Besitzes gefährdet aber seine fernere Existenz, weil zu befürchten ist, wer ihn nicht gelten läßt, werde ihn tatsächlich antasten, und diese Antastung brauche ich nicht abzuwarten, sondern kann ihr durch die Feststellungsklage vorbeugen. Anders steht es mit der Bestreitung meines Eigentums. Wer dieses nicht gelten läßt, darf doch nicht eigenmächtig gegen mich vorgehen. Daher genügt seine Bestreitung nicht zur Begründung meines Interesses an seiner richterlichen Feststellung.

Wenn nach Hellwig das durch die Klage geltend gemachte Recht eine materielle, dagegen das Klagrecht eine prozessuale Voraussetzung erfolgreicher Klage ist, so macht in Wirklichkeit nur die Feststellungsklage außer dem festzustellenden Rechts-

verhältnisse ein rechtliches Interesse an seiner alsbaldigen Feststellung geltend, so daß sie nur durchdringt, wenn für den Richter sowohl das eine als das andere existiert. Er kann aber nicht etwa über jenes Verhältnis nur dann entscheiden, wenn für ihn dieses besteht. Wie er, weil dieses für ihn nicht besteht, die Klage abweisen kann, ohne darauf einzugehen, ob jenes besteht, so kann er, weil jenes nicht besteht, die Klage abweisen, ohne darauf einzugehen, ob im Falle seiner Existenz der Kläger ein Interesse an seiner alsbaldigen Feststellung hätte. Es steht hier wie im Falle einer Leistungsklage, die eine vielleicht noch nicht fällige und vielleicht überhaupt nicht existierende Forderung geltend macht. Auch hier braucht der Richter, wenn nach Maßgabe der für ihn existierenden Tatsachen die Forderung überhaupt nicht besteht, nicht darauf einzugehen, ob sie, wenn sie existierte, fällig wäre. Wie hier die Fälligkeit, so ist dort das Feststellungsinteresse ein Erfordernis nicht für die Entscheidung überhaupt, sondern nur für eine dem Kläger günstige Entscheidung in der Hauptsache. Und ob die Leistungsklage wegen der mangelnden Existenz oder der mangelnden Fälligkeit der Forderung, die Feststellungsklage wegen der fehlenden Existenz des bestimmten Verhältnisses oder des fehlenden Interesses an seiner alsbaldigen Feststellung abgewiesen wird, ist zwar ein Unterschied bezüglich des Umfangs der erfolgten Feststellung und damit der Rechtskraft des Urteils. Dieser Unterschied ist aber nur ein quantitativer und nicht ein solcher, daß durch das neue Urteil nur ein prozessuales, durch das andere ein materielles Recht aberkannt wäre. Für Hellwig (S. 39 f.) ist die durch die ZPO. durchgeführte „reinliche Scheidung zwischen Zivil- und Prozeßrecht“ „einer der größten Gewinne, den (sic) die deutsche Rechtswissenschaft der am Ende des 19. Jahrhunderts nach langen Mühen zu stande gekommenen Kodifikation des bürgerlichen Rechts verdankt“. „Nur

wenn sie sich dieser Scheidung voll bewußt wird", werde unsere Wissenschaft „die Grenzlinie zwischen dem Privatrecht und dem dem öffentlichen Recht zugehörigen Prozeßrecht" mit genügender Schärfe ziehen können. Je gründlicher man aber dem Verhältnisse zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht nachgeht, desto mehr ergibt sich, daß beide Rechtsteile ineinander übergreifen und miteinander in Wechselwirkung stehen, anstatt nur aneinander anzugrenzen, daß also ihre „reinliche Scheidung" nicht möglich ist. Wäre sie durch das BGB. durchgeführt, so hätte dieses eine Frucht getragen, die überhaupt nicht zu den von der Gesetzgebung zu erwartenden Früchten gehört. Die Sache steht denn auch so, daß allerdings die Verfasser des BGB. es unternommen haben, das Privatrecht sowohl einesteils erschöpfend als andernteils unter Ignorierung seines Zusammenhangs mit dem öffentlichen Recht zu regeln. Dadurch ist aber dieser nicht aufgehoben, und die Unterlassung seiner Beachtung durch das BGB. ist nicht ein Vorzug, sondern eine Unvollkommenheit desselben.

Gerade in Beziehung auf das Verhältnis des Privatrechts zum Prozeßrecht hat übrigens den Verfassern des ersten Entwurfs die Absicht reinlicher Scheidung gefehlt, wie dessen Abschnitte über Urteil und Beweis zeigen. Die Motive erwähnen bezüglich der Beweislast den Streit darüber, ob ihre Normierung dem bürgerlichen Recht oder dem Prozeßrechte angehöre, als einen solchen, dem nicht näher getreten zu werden braucht (1, 382). Vom Begriff des Klagrechts sagen sie, er erfahre sehr verschiedene Beurteilung, und in den Streit darüber einzugreifen, fehle jede Veranlassung (1, 357). Wenn sie aber nirgends mit diesem Begriffe operieren, so tun sie es nicht, um ihn dem Prozeßrechte zu überweisen, sondern weil sie ihn für überflüssig und unnütz halten neben dem von ihnen adoptierten Anspruchsbegriffe Windscheids.

Im Gegensatze zum ersten Entwurfe spricht das BGB. mehrfach von der in einem bestimmten Falle gegebenen Möglichkeit der Klage. Unstreitig meint es damit die Möglichkeit erfolgreicher Klage. Ebenso unstreitig meint es aber damit die Möglichkeit einer Klage, die Erfolg nicht sowohl dann hat, wenn die durch sie geltend gemachte Rechtslage wirklich existiert, als dann, wenn sie nach den Normen des Prozeßrechts existiert für Richter. Was das Gesetz für etwas erklärt, worauf geklagt werden kann, hatte mehrfach der erste Entwurf für etwas erklärt, das verlangt werden kann. Beide Bezeichnungen bedeuten dasselbe. Es bedeutet dasselbe, ob ich kraft meines Namensrechts nach § 12 des zweiten Entwurfs Beseitigung der Beeinträchtigung und Verurteilung zur Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen verlangen oder nach § 12 BGB. jene Beseitigung verlangen und unter Umständen auf diese Unterlassung klagen kann. Ebenso ist in demselben Sinn die Unterlassung vertragswidrigen Gebrauchs des Mieters etwas, wozu nach § 494 des zweiten Entwurfs der Vermieter Verurteilung des Mieters verlangen und worauf er nach § 550 des Gesetzes klagen kann. Im Fall eigenmächtiger Besitzstörung besteht nach § 820 des ersten Entwurfs der Anspruch auf ihre Wiederaufhebung und kann unter Umständen Verurteilung zur Unterlassung weiterer Störungen verlangt werden. Nach § 784 des zweiten Entwurfs und § 862 des Gesetzes kann Beseitigung der Störung verlangt und unter Umständen auf Unterlassung weiterer Störungen geklagt werden. Ebenso verhält sich die Ausdrucksweise der Entwürfe (I § 943, II § 916) und des Gesetzes (§ 1008) bezüglich der negatoria in rem actio. Positive Erfolge, die jemand nach dem ersten Entwurf verlangen und auf die er nach dem Gesetze klagen kann, sind die Scheidung, die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Verwaltung und Nutznießung, sowie der Gütergemeinschaft und der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Der ursprüngliche Ausdruck wurde hier durch den anderen ersetzt, da dieser bezeichnender ist und nur deshalb früher vermieden worden war, weil man glaubte, von Klagrechten überhaupt nicht reden zu sollen. Es handelt sich aber um Klagrecht und ausschließlich um Klagrecht, da die bestimmten Erfolge nicht solche sind, deren eigene Bewirkung der eine dem anderen schuldet, sondern ausschließlich solche, deren Bewirkung durch gerichtliches der Klage darauf stattgebendes Urteil er sich gefallen lassen muß. Wenngleich die Aufhebung des ehelichen Güterstandes u. dergl. im Gegensatze zur Scheidung auch durch die eigene Tat der Beteiligten erfolgen kann, so hat doch der eine gegen den anderen einen Anspruch darauf nicht im Sinne eines Forderungsrechts, sondern nur im Sinne eines Klagrechts. Eine Unterlassung kann nach der Ausdrucksweise des § 194 BGB. stets verlangt werden im Fall einer fälligen Unterlassungspflicht; ein Klagrecht begründet aber diese nur unter Umständen. Daß sie dies tut, konnte der erste Entwurf nicht dadurch ausdrücken, daß die Unterlassung verlangt werden kann, weil er sich dieses Ausdrucks schon für die Unterlassungspflicht als solche bedient hatte. Er mußte daher zu der umständlicheren Wendung greifen, es könne Verurteilung zur Unterlassung verlangt werden. Damit ist aber der Uebergriff in das prozessuale Gebiet vollzogen, zu dessen Vermeidung von der Möglichkeit der Klage nicht die Rede sein sollte, und dafür, daß man die Verurteilung zu etwas verlangen kann, ist der hergebrachte und kürzere Ausdruck, man könne darauf klagen. Dieser Ausdruck ist aber auch der bessere wegen seiner umfassenderen Bedeutung. Er umfaßt auch die Fälle einer begründeten Bewirkungsklage und Feststellungsklage, in denen eine Verurteilung nicht verlangt wird. Und auch wo eine solche verlangt wird, ist sie nicht sowohl der Zweck als ein Mittel zur Erreichung des Zwecks der Klage.

IV. Der Zweck der Klage.

Bezüglich des Zweckes der Klage und des Verhältnisses zwischen ihm und ihr als einem Mittel zu seiner Erreichung ist klar, daß im Fall der Klage auf einen unmittelbar und ausschließlich durch richterliches Urteil zu bewirkenden Erfolg sowohl dieser der einzige Zweck der Klage als sie das einzige Mittel zu seiner Erreichung ist, was aber nicht hindert, daß der Zweck der Scheidungsklage nicht das Scheidungsurteil, sondern die durch dasselbe bewirkte Ehescheidung ist. Daher ist die Scheidungsklage dadurch erledigt, daß vor ihrer Erledigung durch Urteil die Ehe erlischt. Nach Hellwig zerfällt das konstitutive Urteil in zwei Teile. Es vollzieht „die Feststellung, daß das Recht des Klägers auf die fragliche Rechtsänderung zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung bestanden hat" und „dieser feststellende, der sog. materiellen Rechtskraft fähige Inhalt des konstitutiven Urteils ist wohl zu unterscheiden von der Herbeiführung der Rechtsänderung, die mit der formellen Rechtskraft eintritt" (Lehrb. 1, 48). Ihre Bewirkung verhält sich nach Hellwig zu jener Feststellung als Vollstreckungsakt[10]). Das die Scheidung vollziehende Urteil stellt aber nicht das Recht auf sie fest, da für dasselbe die Existenz der Ehe, ohne die es kein Recht auf ihre Trennung gibt, nicht etwas ist, das es feststellt, sondern eine Voraussetzung, ohne deren wirkliches Zutreffen es kein wirkliches Scheidungsurteil ist. Allerdings dagegen stellt die Verweigerung der verlangten Scheidung die Abwesenheit des geltend gemachten Rechtes auf sie fest, da es ohne die Existenz der Ehe ebensowenig existiert wie im Falle ihrer Existenz und der Abwesenheit des geltend gemachten Scheidungsgrundes.

10) So auch nach Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen ZPR.[2] 701.

Wie einesteils die Geltung des konstitutiven Urteils bedingt ist durch die bisherige Existenz des Rechtsverhältnisses, das sie aufhebt, so beschränkt sie anderenteils sich nicht auf das Verhältnis der Parteien. Es besteht aber kein Grund dafür, seiner Geltung den Namen der Rechtskraft zu versagen. Rechtskräftig bedeutet sprachlich genau so viel wie rechtsgültig. Juristisch bedeutet die Rechtskraft die der Bestreitung entrückte Rechtsgültigkeit. Zwischen einem durch Vertrag und einem durch Urteil rechtsgültig aufgehobenen Rechtsverhältnisse besteht der Unterschied, daß die Rechtsgültigkeit des Vertrags bestritten werden kann, wogegen die Rechtsgültigkeit des rechtskräftig gewordenen Urteils unbestreitbar ist.

Unhaltbar ist die Betrachtung des konstitutiven Urteils als eines Vollstreckungsaktes. Wir hätten damit ein Urteil, das sich selbst vollstreckt, oder zwei durch einen Akt gefällte Urteile, von denen eines das andere vollstreckt. Ein vollstreckbares Urteil gibt es aber nur als ein verurteilendes, und ein Urteil, das selbst ein Akt der Zwangsvollstreckung wäre, gibt es nicht. Hellwig wäre auf diesen Gedanken nicht verfallen ohne die Bestimmung des § 894 ZPO., daß im Falle der Verurteilung zu einer Willenserklärung diese als abgegeben gilt, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt hat. Diese Bestimmung befindet sich unter den Normen über die Zwangsvollstreckung, bestimmt aber nicht etwas, das Zwangsvollstreckung ist, sondern etwas, das sie überflüssig macht. Der durch eine Klage bezweckte Erfolg kann ein faktischer oder ein Rechtserfolg sein. Soweit er ein faktischer ist, kann das Urteil nicht ihn unmittelbar bewirken, sondern nur seine Bewirkung durch den Verurteilten fordern und als Ersatz dieser die Zwangsvollstreckung gegen ihn zulassen. Ist er dagegen ein reiner Rechtserfolg, so kann ihn das richterliche Urteil unmittelbar bewirken. Geht die Klage von vornherein auf seine richterliche Bewirkung, so bewirkt ihn

das ihr stattgebende Urteil, und eine Zwangsvollstreckung ist hier weder notwendig noch möglich. Geht die Klage auf seine Bewirkung durch den Beklagten, so vollzieht das ihr stattgebende Urteil dessen Verurteilung zu seiner Bewirkung. Unterbleibt sie aber bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils, so wird durch deren Eintritt der Erfolg bewirkt. Mit der Bewirkung durch Zwangsvollstreckung hat dieser Fall die Aehnlichkeit, daß dadurch die eigene Leistung des Verurteilten ersetzt wird. Dies geschieht aber in jenem Falle durch das nicht ohne Antrag des Berechtigten erfolgende Eingreifen der staatlichen Vollstreckungsorgane, dagegen in unserem Falle dadurch, daß mit seiner Rechtskraft das Urteil eine andere als die zunächst ihm zukommende Bedeutung hat. Wie die Verurteilung zu künftiger Leistung bis zu deren Fälligkeit ein Feststellungsurteil, dagegen von ihr an eine Verurteilung ist, so ist die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung von ihrer Rechtskraft an ein konstitutives Urteil. Da nun der Zeitpunkt der eingetretenen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit derselbe ist (von der vorläufigen Vollstreckbarkeit ist für unseren Fall abzusehen), so wird ein solches Urteil überhaupt nicht vollstreckbar, unterscheidet sich vielmehr von einem schlechthin konstitutiven Urteil nur dadurch, daß der unterlegene Beklagte der richterlichen Bewirkung des bestimmten Erfolges durch dessen eigene Bewirkung zuvorkommen kann, aber nur bis zur Rechtskraft des Urteils, während ein durch Verurteilung der Zwangsvollstreckung Ausgesetzter sie nicht nur als eine bereits mögliche, sondern auch als eine bereits beantragte und bereits im Gang begriffene noch durch Leistung abwenden kann. Wie der Eintritt des bestimmten Erfolges durch die Rechtskraft des Urteils keine Zwangsvollstreckung ist, so ist er noch weniger ein bloßes Surrogat dieser; kann doch die unternommene Zwangsvollstreckung mehr oder weniger erfolgreich oder ganz erfolglos sein, während

das konstitutive Urteil den durch die Klage bezweckten Erfolg unmittelbar bewirkt. Ausschließlich ein solches liegt überall vor, wo unmittelbar durch das Urteil und nur durch dieses der Zweck der Klage erreicht werden kann[11]). Man kann verschiedener Meinung sein über die Natur der nach § 343 BGB. möglichen richterlichen Herabsetzung einer übermäßigen Privatstrafe. Man kann aber nicht bestreiten, daß der Zweck ihrer Herabsetzung unmittelbar durch das Urteil erreicht wird und nur durch dieses erreicht werden kann. Ebenso bezweckt jede nur durch Klage mögliche Geltendmachung einer Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einen Erfolg, der unmittelbar durch das ihr stattgebende Urteil bewirkt wird und nur durch dieses bewirkt werden kann. Wie das einer solchen Klage stattgebende Urteil die ohne deren erfolgreiche Anstellung platzgreifende Geltung des bestimmten Verhältnisses voraussetzt und im Falle ihres schon aus einem anderen Grunde platzgreifenden Ausschlusses gegenstandslos ist, so schließt die durch Klage verlangte und durch das ihr stattgebende Urteil erfolgte Herabsetzung einer Privatstrafe als einer übermäßigen ihre Geltendmachung als einer überhaupt nicht geschuldeten nicht aus, da das sie herabsetzende Urteil sie als eine geschuldete nicht feststellt, sondern voraussetzt.

Im Verhältnisse zum konstitutiven Urteile ist für das verurteilende nicht die Möglichkeit der Vollstreckung eine Verstärkung, sondern deren eventuelle Erforderlichkeit für den vollen Erfolg der Klage ein Mangel seiner Wirkung. Als ein Recht gegen den Beklagten auf diesen Erfolg wird das Klagrecht durch dessen Eintritt befriedigt, und wenn es auch seinen Namen

---

11) Balog, Ueber das konstitutive Urteil, in GrünhutsZ. 34, 142 ff. bemerkt mit Recht, daß ich in meinen Pandekten das Gebiet der konstitutiven Urteile zu eng bestimmt habe. Die spätere Aenderung meiner Auffassung hat er nicht beachtet, wie überhaupt meine Abhandlungen im ArchCivPrax. 93, 14 ff. und in IheringsJ. Bd. 46, 265 ff.

von seiner Geltendmachung durch Klage hat, so ist es doch dasselbe Recht, zu dessen Befriedigung die verlangte Verurteilung des Beklagten ein sie vorbereitendes Mittel ist und das infolge der Klage seine Befriedigung findet sowohl durch die der Verurteilung zuvorkommende Leistung des Beklagten als durch die auf Grund jener erfolgende Leistung des Verurteilten oder Zwangsvollstreckung gegen ihn.

Degenkolb (a. a. O. S. 83) sagt von meinem Klagrecht: „Es überschießt in der Bestimmung seines Ziels das richtige Ziel. Juristisch endet das Ziel des Klagrechts mit dem hergestellten prozeßrechtlichen Erfolg, nicht erst mit dem rein materiellen Erfolg, welchen der Prozeßerfolg seinerseits mittelbar herbeiführt. Das Klagrecht erfüllt mit dem günstigen Sachurteil seine Schuldigkeit und damit sein rechtliches Ziel. Das Recht auf Vollstreckung liegt nicht mehr innerhalb des Klagrechts und noch weniger die privatrechtliche Leistung des Schuldners selbst."

Diese Ausführungen Degenkolbs bekämpfen den Satz, daß der Zweck der Klage nicht immer schon mit dem ihr stattgebenden Urteil erreicht ist, beachten dagegen überhaupt nicht den anderen Satz, daß er möglicherweise ohne Urteil erreicht wird. Wie steht es mit dem Kläger, der nach erhobener Klage vor dem Urteil bezahlt wird? Hat er den Zweck seiner Klage erreicht oder nicht? Hat er seinen Prozeß gewonnen oder verloren? Ein ihm günstiges Sachurteil kann er nicht mehr erwirken. Ist also dessen Erwirkung der Zweck, um dessen willen das Klagrecht bestand, so ist es ohne Erreichung seines Zwecks erloschen. In Wirklichkeit ist aber die Verurteilung des Beklagten ein Mittel zur Erreichung des Zwecks der Klage, das zu diesem sich so verhält, daß er möglicherweise trotz desselben nicht erreicht, aber auch möglicherweise ohne dasselbe erreicht wird, so daß sie ein mögliches Mittel zu seiner bereits

eingetretenen Erreichung nicht mehr ist. Anstatt daß dadurch die Klage erfolglos wäre, „liegt es auf der Hand, daß der Kläger den Prozeß gewonnen hat. Es kann doch für den Kläger keinen glänzenderen Obsieg geben als den, daß der von ihm verklagte Gegner dem Klagebegehren nachkommt, ohne nur die Verurteilung dazu abzuwarten." (So Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis[4] 2, 33).

Ist im Fall erfolgter Leistung die Verurteilung nicht nur nicht mehr ein notwendiges, sondern auch nicht mehr ein mögliches Mittel zur Erreichung des bereits erreichten Zwecks der Klage, so ist in einem anderen Falle zwar die Verurteilung noch möglich, aber fraglich, ob sie nicht als Mittel zur Erreichung des Zwecks der Klage überflüssig geworden ist. So im Falle des Anerkenntnisses. Wenn das Gesetz die Verurteilung hier nur vorschreibt als eine vom Kläger verlangte, so beruht dies darauf, daß man erwarten kann, wer die Klage anerkannt habe, werde auch leisten. Diese Erwartung ist aber keine sichere. Das Gesetz überläßt es daher dem Kläger, ob er wegen des Anerkenntnisses in der Verurteilung des Beklagten nicht mehr ein Mittel sieht, dessen er zur Erreichung des Zwecks der Klage bedarf, oder ob er trotz des Anerkenntnisses der Leistung des Beklagten nicht sicher zu sein glaubt und daher noch seine Verurteilung verlangt.

Während durch das Anerkenntnis die Klage nur wegfällt, wenn der Kläger mit der durch jenes gegebenen Zusicherung der Leistung sich begnügt und nicht ihrer weiteren Sicherung durch die Verurteilung des Beklagten zu bedürfen glaubt, so fällt durch die erfolgte Leistung die Möglichkeit der Verurteilung unabhängig davon weg, ob jene erfolgte in Anerkennung oder ohne Anerkennung des Rechts auf sie. Es kann auch nicht etwa, wenn der Beklagte zwar leistet, aber erklärt, daß er dies tue, obgleich er die Leistung nicht schulde, der Kläger die richter-

liche Feststellung seines Rechts auf die Leistung verlangen. Dieses Recht gehört, wenn die Leistung erfolgt ist, nicht mehr der Gegenwart, sondern der Vergangenheit an, und mögliche Gegenstände der Feststellungsklagen sind nicht vergangene, sondern nur gegenwärtige Rechtsverhältnisse. Ein möglicher Gegenstand einer Feststellung, die der Kläger trotz erfolgter Leistung verlangen kann, ist nicht, daß er ein Recht auf diese hatte, wohl aber, daß der Beklagte nicht das Recht ihrer Rückforderung als einer solchen hat, die nicht geschuldet war. Diese Feststellungsklage ist begründet, wenn die erfolgte Zahlung eine Vorbehaltszahlung war. Sie war aber nicht schon eine solche, wenn sie erfolgte ohne Anerkennung des Rechts auf die Zahlung. Es ist keine Vorbehaltszahlung, wenn ich erkläre, daß ich mir bewußt bin, nichts zu schulden, aber trotzdem zahle, weil ich lieber die von mir verlangte Summe opfern als einen Prozeß haben will. Eine Vorbehaltszahlung des Beklagten liegt nur vor, wenn dadurch, daß er sich die Rückforderung seiner Zahlung als einer nicht geschuldeten vorbehält, für den Kläger die Gefahr dieser Rückforderung besteht. Jede Klage bezweckt die Existenz eines der durch sie geltend gemachten Rechtslage gemäßen Zustandes. Sie macht in der Regel geltend, daß er zur Zeit nicht besteht, und bezweckt seinen nunmehrigen Eintritt. Sie kann aber auch geltend machen, daß nur für die Zukunft die Gefahr eines der geltend gemachten Rechtslage nicht gemäßen Zustandes besteht, und die Beseitigung dieser Gefahr bezwecken. Die geltend gemachte Rechtslage kann eine solche sein, daß ihr die fernere Existenz des bestehenden ihr gemäßen Zustandes gemäß ist, während die Gefahr der zukünftigen Existenz eines anderen Zustandes besteht. Und sie kann eine solche sein, daß ihr für die Zukunft ein anderer Zustand gemäß ist, während die Gefahr seines Ausbleibens besteht. Sie kann sein das Bestehen oder das Nichtbestehen eines bestimmten Rechtsverhält-

nisses. Dieses kann nicht geltend gemacht werden durch eine andere Klage. Es kann aber geltend gemacht werden durch eine Feststellungsklage, weil für den Kläger die Gefahr eines Zustandes bestehen kann, der ihm gegenüber nur dann berechtigt wäre, wenn das durch sie verneinte Rechtsverhältnis existierte. Die Feststellungsklage kann gleich der Leistungsklage ihren Zweck ohne Urteil erreichen und trotz des ihr stattgebenden Urteils nicht erreichen. Tritt sie z. B. der Gefahr des Ausbleibens eines Erfolges entgegen, so wird diese beseitigt und die Klage gegenstandslos, wenn der Beklagte den Erfolg sofort bewirkt. Durch das Urteil erreicht sie ihren Zweck, wenn er nebst seinen Rechtsnachfolgern es respektiert oder sich ihm gemäß verhält. Anderenfalls kommt es darauf an, von welcher Art sein dem Urteil widersprechendes Verhalten ist. Macht er eine ihm widersprechende Rechtslage geltend, so steht ihrer Geltendmachung die Rechtskraft des Urteils entgegen. Im Fall eines ihm widersprechenden Verhaltens von realer Bedeutung ist dagegen die Gefahr, deren Beseitigung die Feststellungsklage bezweckte, trotz des ihr stattgebenden Urteils zur Verwirklichung gelangt. Die Klage hat dadurch ihren nächsten Zweck verfehlt. Nachdem die Sicherung des rechtsgemäßen Zustandes nicht gelungen ist, besteht das Recht der Reaktion gegen den eingetretenen nicht rechtsgemäßen Zustand, die als eine eventuelle mit der Feststellungsklage verbunden werden kann und auch, wenn sie nicht mit ihr verbunden war, sondern erst nach dem Eintritt des durch das Feststellungsurteil als unberechtigt festgestellten Zustandes erfolgt, sich durch dessen Rechtskraft als berechtigt ergibt. Dieses und die es verlangende Klage hat also den doppelten Zweck der Sicherung des durch dasselbe als rechtsgemäß festgestellten Zustandes und für den Fall, daß sie nicht gelingt, der Ermöglichung erfolgreicher Reaktion gegen den eingetretenen nicht rechtsgemäßen Zustand.

V. Die Klage auf künftige Leistung.

Erst durch die revidierte, mit dem BGB. in Kraft getretene ZPO. sind getroffen die Bestimmungen über die Klage auf künftige Leistung. Es gilt schon wegen ihres Namens als selbstverständlich, daß sie eine sog. Leistungs- oder Verurteilungsklage ist. Und allerdings verlangt sie Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung, aber als eine solche, die eine wirkliche Verurteilung erst ist, wenn die Leistung zur Zeit ihrer eingetretenen Fälligkeit noch nicht erfolgt ist. Das ihr stattgebende Urteil ist daher nur eine bedingte Verurteilung. Unbedingt stellt es aber das Recht auf die verlangte Leistung als ein solches fest, das, wenn es nicht inzwischen erlischt, zu jener Zeit fällig und vollstreckbar sein wird. Der bedingt Verurteilte hat, wenn er vor der bestimmten Fälligkeitszeit geleistet hat, nicht als ein Verurteilter geleistet, kann aber wegen der erfolgten rechtskräftigen Feststellung seiner Verbindlichkeit nicht zurückfordern. Doch kann er auch dies im Falle eines erst nach dem Urteil eingetretenen Grundes ihres Erlöschens; denn das Urteil stellt seine Verbindlichkeit fest als eine solche, die jetzt besteht und damit noch später bestehen wird, falls kein Grund ihres Erlöschens eintritt. Die Klage ist also eine Verbindung einer Feststellungsklage mit einer bedingten Leistungsklage und das Urteil eine Verbindung eines Feststellungsurteils mit einer bedingten Verurteilung. Das Feststellungsurteil bezweckt Sicherung des Klägers durch seine Rechtskraft als eine vom Beklagten respektierte. Diese Sicherung ist es auch, die in erster Linie die Klage auf künftige Leistung bezweckt. Sie erreicht dann und nur dann ihren nächsten Zweck, wenn sie bewirkt, daß die Leistung zur Zeit ihrer Fälligkeit erfolgt. Nur für den Fall, daß sie diesen Erfolg nicht hat, bezweckt sie die Möglichkeit, den nicht rechtzeitig erlangten Erfolg nachträglich nötigenfalls durch Zwangsvollstreckung herbeizuführen. Wenn

nach § 259 ZPO. „die gerechtfertigte Besorgnis, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde", die Klage auf künftige Leistung begründet, so bezweckt die Klage und das ihr stattgebende Urteil in erster Linie den Erfolg, daß diese Besorgnis sich nicht verwirklicht. Wenn nach § 258 mit der Klage auf eine fällige periodische Leistung die Klage auf die noch nicht fälligen Leistungen verbunden werden kann, so soll dadurch der Kläger womöglich der Gefahr enthoben sein, wie jene Leistung, so auch die folgenden nicht schon zur Zeit ihrer Fälligkeit zu bekommen, zu der er sie nur bekommt, wenn der Beklagte das Urteil nicht erst zur Verurteilung werden läßt. Ebenso ist im Fall des § 257 die zum voraus erhobene Klage auf bestimmte Leistungen deshalb zugelassen, damit womöglich der Kläger ihrer am bestimmten Tage erfolgenden Vollziehung sicher sei. In allen diesen Fällen besteht, wie bei jeder Feststellungsklage, ein Interesse an alsbaldiger Feststellung, wegen dessen schon jetzt geklagt werden kann, obgleich der Kläger noch keinen fälligen Anspruch hat. Daß dieses Interesse hier bebesonders normiert ist, ändert nichts an der Natur dieser Klagen. Und es wäre unrichtig zu sagen, der Kläger habe hier ein Interesse nicht an der Feststellung, sondern an der Leistung; denn das Feststellungsinteresse ist stets ein praktisches Interesse, um dessen willen ein Interesse an der Feststellung besteht.

Was die Feststellungsklagen von anderen Klagen unterscheidet, ist weder, daß sie eine Feststellung verlangen, was andere Klagen auch tun, noch daß sie eine solche lediglich um ihrer selbst willen verlangen, was keine Klage tut, sondern daß sie nicht eine nunmehrige Aenderung eines zur Zeit bestehenden Zustandes bezwecken. Sie machen nicht geltend ein Recht auf eine solche, sondern die Gefahr zukünftiger Existenz eines nicht rechtsgemäßen Zustandes, und bezwecken deren Abwendung. Wie der Zweck der Leistungsklage nicht erreicht wird

durch die Verurteilung, sondern durch die Leistung oder die sie ersetzende Zwangsvollstreckung, so wird der Zweck der Feststellungsklage nicht erreicht durch die Feststellung, sondern durch deren Respektierung, die das Feststellungsurteil dem Beklagten und seinen Rechtsnachfolgern auferlegt. Dadurch unterscheidet sich von ihm die Verurteilung, daß sie nicht nur dem Verurteilten ihre Befolgung auferlegt, sondern auch in deren Ermanglung dem Gegner gestattet, sie durch die Zwangsvollstreckung zu ersetzen. Es ist daher nicht richtig, was ich früher mit anderen angenommen hatte, daß Zwangsvollstreckung sich auch auf ein Feststellungsurteil gründen lasse, nachdem das durch dieses festgestellte Rechtsverhältnis einen fälligen Anspruch gegen den Beklagten begründet hat. Und die Klage auf künftige Leistung ist daher nicht lediglich eine Feststellungsklage. Sie ist aber noch weniger lediglich eine Verurteilungsklage; denn eine solche ist sie und eine Verurteilung ist das ihr stattgebende Urteil nur für den Fall der nicht rechtzeitig erfolgten Leistung, deren rechtzeitige Vollziehung die Klage in erster Linie bezweckt.

Gleich einer unbedingten kann eine bedingte Verurteilung nur erfolgen als eine durch die Klage verlangte. Für den Inhalt dieser und des ihr stattgebenden Urteils sind aber nicht maßgebend die gebrauchten Ausdrücke. Die Bezeichnung der Verurteilung bedeutet nicht immer eine wirkliche Verurteilung, und die Feststellung bedeutet eine solche, sobald ihr Gegenstand ein fälliger Anspruch gegen den Beklagten ist. Ob ich die Verurteilung meines Schuldners zur Zahlung oder die Feststellung seiner Zahlungspflicht als einer fälligen verlange und erlange, ist dasselbe. Verlange und erlange ich die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, das für mich zur Zeit einen fälligen Anspruch gegen den Beklagten nicht begründet, so ist es eine Frage der Auslegung, ob damit zugleich gegeben ist die verlangte und

vollzogene eventuelle Verurteilung zu der Leistung, zu der jenes Rechtsverhältnis den Beklagten für eine spätere Zeit verpflichtet. Diese Frage ist aber im Zweifel zu verneinen, da die Erstreckung der Klage und des ihr stattgebenden Urteils darauf nur anzunehmen ist, wenn sie mit Bestimmtheit sich ergibt.

VI. Die Klage auf Unterlassung.

Eine Klage, die das BGB. für eine Reihe von Fällen bestimmt hat, dagegen die ZPO. in keiner Weise bezüglich ihrer Voraussetzungen, sondern nur in § 890 bezüglich bestimmter Wirkungen des ihr stattgebenden Urteils geregelt hat, ist die Klage auf Unterlassung. Nach dem Wortlaute des § 194 BGB. ist das von einem anderen geschuldete Unterlassen in gleicher Weise Objekt eines Anspruchs gegen ihn wie das von ihm geschuldete Tun. Ist nun durch die ZPO. nicht bestimmt, aber vorausgesetzt, daß ein Klagrecht existiert durch die Existenz eines fälligen Privatrechtsanspruchs, so scheint ein solches auch zu existieren durch jede nicht erst für spätere Zeit geschuldete Unterlassung. Daß dem aber nicht so ist, ergibt die für eine Reihe solcher Fälle getroffene besondere Bestimmung eines Klagrechts. Freilich hat Hellwig (Anspruch und Klagrecht S. 388 ff.) die Ansicht vertreten, jede Klage auf Unterlassung sei eine Klage auf künftige Leistung, so daß sie abgesehen von den Fällen, für die sie durch besondere Bestimmung zugelassen ist, Platz greife nach den Bestimmungen der ZPO. über jene. Diese Meinung ist aber schwer begreiflich, obgleich sie mehrfach Nachfolge gefunden hat. Würde doch danach die Klage die Unterlassungspflicht stets geltend machen als eine noch nicht fällige, während sie namentlich gegeben ist für Fälle bereits erfolgter Zuwiderhandlung, deren Wiederholung zu besorgen ist. Der neueste Vertreter jener Auffassung

(H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, 1900) verficht sie mit einem Argument, nach dem es überhaupt nur Klagen auf künftige Leistung gäbe. Er bemerkt, daß „die Klage auf gegenwärtige Unterlassung immer zu spät käme". Soweit dies zutrifft, gilt es von jeder Geltendmachung einer fälligen Verbindlichkeit, die nie deren Erfüllung zur Leistungszeit erwirken kann. Sie wäre auch nie ein Verlangen nunmehriger Befriedigung des Anspruchs, wenn sie nicht sowohl diese als die Verurteilung des Beklagten bezweckte. Daß aber die verlangte Befriedigung nicht erlangt wird ohne die erst nach einiger Zeit erfolgende Verurteilung und die auch wieder erst nach einiger Zeit zulässige Zwangsvollstreckung, ist eine Hemmung des Erfolges der Leistungsklage, die nicht Platz greift in Gemäßheit ihres Zweckes, sondern trotz der durch sie bezweckten nunmehrigen Leistung. Und diese Hemmung ist nicht notwendig; vielmehr erreicht die Klage ihren Zweck sofort, wenn infolge derselben der Beklagte sofort leistet, wodurch seine Verurteilung nicht nur überflüssig, sondern unmöglich wird. Auch die einer drohenden Zuwiderhandlung gegenüber erhobene Unterlassungsklage kann schon durch ihre Erhebung den Erfolg haben, daß die Zuwiderhandlung unterbleibt. Diese ist aber nicht schon dadurch unterblieben, daß sie noch nicht erfolgt ist, sondern erst, wenn sie nicht mehr erfolgen kann, wodurch die Unterlassungspflicht nicht mehr besteht. Ist die Zuwiderhandlung zur Zeit des Urteils nicht mehr möglich, so ist die Klage erledigt. War sie eine zur Zeit der Klage drohende und infolge derselben unterblieben, so hat die Klage ihren Zweck erreicht; besteht dagegen die Unterlassungspflicht noch zur Zeit des Urteils, so besteht auch noch die Gefahr der Zuwiderhandlung. Den Ausschluß ihrer Verwirklichung bezweckt das der Klage stattgebende Urteil, das daher ein Feststellungsurteil ist. Mit Recht sagt Hellwig (Anspruch und Klagrecht S. 391): „Die

Verurteilung zur Unterlassung ist nicht auf eine Ausgleichung der Wirkungen einer bereits erfolgten Anspruchsverletzung gerichtet, sondern sie wird gerechtfertigt durch die bloße Gefährdung des klägerischen Rechts und will dessen Verletzung vorbeugen." Ebenso sagt sein Anhänger Wendt (Arch. Civ.-Prax. Bd. 100), solange keine Zuwiderhandlung des Unterlassungspflichtigen zu besorgen sei, „liegt kein Anlaß vor, gegen ihn klagend vorzugehen", und die Klage gegen ihn bezwecke seine Abhaltung von der Zuwiderhandlung (S. 80). Damit ist aber gegeben, daß diese Klage die Merkmale der Feststellungsklage hat. Von ihrer Auffassung als einer Klage auf künftige Leistung sagt Eltzbacher (Die Unterlassungsklage 1906 S. 86): „Hölder und Stein haben Bedenken gegen sie vorgebracht, ohne sie widerlegen zu können." Er sagt aber weder, worin diese Bedenken bestehen, noch warum sie jene Auffassung nicht widerlegen. Er selbst glaubt sie durch eine Ausführung zu widerlegen, die vielmehr zu ihrer Bestätigung geeignet ist. Er fragt, ob die Bestimmungen der ZPO. über die Klage auf künftige Leistung „vorbeugende Klagrechte" gewähren, und er erklärt, die Antwort könne nicht zweifelhaft sein; denn in jenem Falle hätten „die Vorschriften der ZPO. über die Zwangsvollstreckung einer Ergänzung bedurft". „Wir müssen daher annehmen, daß die §§ 257—259 lediglich die Bedeutung haben, die alten ausgleichenden Klagrechte in einem früheren Zeitpunkt zu gewähren" (S. 87). Kraft jener Paragraphen könne „der Gläubiger schon jetzt die Klage erheben, die er an sich erst nach Eintritt der Fälligkeit erheben könnte. Er kann schon jetzt auf Beseitigung der künftig eintretenden Rechtsverletzung klagen, damit sofort nach deren Eintritt die Zwangsvollstreckung zu deren Beseitigung beginnen kann." Wenn also die Klage auf künftige Leistung und die sog. Verurteilung zu dieser den Erfolg rechtzeitiger Leistung hat, so ist sie nach Eltz-

bacher erfolglos. Indem sie nicht die rechtzeitige Leistung, sondern die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung wegen der ausbleibenden Leistung bezweckt, hat sie im Fall rechtzeitiger Leistung ihren Zweck verfehlt. In Wirklichkeit will sie gerade iu erster Linie dem Ausbleiben rechtzeitiger Leistung vorbeugen und nur für den Fall, daß dies nicht gelingt, die nachträgliche Erzielung des geschuldeten Erfolges ermöglichen. Durch jenen ersten Zweck ist sie eine Feststellungsklage gleich der Klage auf Unterlassung. Durch den zweiten Zweck, den sie nur eventuell hat, ist sie eine eventuelle Leistungsklage und das ihr stattgebende Urteil eine eventuelle Verurteilung.

Nach Eltzbacher beruht die Möglichkeit einer Unterlassungsklage in anderen Fällen als denen, für die sie besonders bestimmt ist, lediglich auf deren Analogie, die sich ergebe „unmittelbar aus den Bestimmungen des BGB. über einzelne Unterlassungsklagen“; denn die Anwendungsfälle dieser „haben nichts miteinander gemeinsam, was sie von anderen Fällen unterschiede und der Gesetzgebung Grund gäbe, gerade hier und nur hier diesen Schutz zur Verfügung zu stellen“ (S. 97). Da es sich um Bestimmungen unseres Privatrechtsgesetzbuchs und deren Analogie handelt, würde uns hier das Klagrecht als etwas rein Privatrechtliches entgegentreten. Dafür haben es aber jedenfalls die Verfasser des BGB. nicht gehalten. Sie sind sich nicht nur, was Eltzbacher mit Recht für gleichgültig erklärt, des nach ihm durch die Analogie jener Einzelbestimmungen gegebenen allgemeinen Grundsatzes nicht bewußt gewesen, sondern es sind auch für sie die Voraussetzungen der Klage etwas gewesen, das zu normieren nicht ihre Sache war. Wenn sie trotzdem für gewisse Fälle ein Klagrecht bestimmt haben, so haben sie dies getan, weil ihnen in jenen ein solches nach allgemeinen Grundsätzen nicht oder doch nicht mit Sicherheit gegeben zu sein schien. Die Bestimmungen des BGB. lassen

daher die Frage durchaus offen, inwieweit eine Unterlassungsklage in solchen Fällen möglich ist, für die ihre Möglichkeit nicht besonders bestimmt ist. An einer gesetzlichen Entscheidung dieser Frage würde es gänzlich fehlen, wenn sie nicht gegeben wäre durch § 256 ZPO. Eltzbacher bezeichnet schon durch den Titel seines Werkes die Unterlassungsklage richtig als „ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes". Anstatt sie aber als Feststellungsklage zu erkennen, erklärt er, diese sei „kein Mittel des Rechtsschutzes, sondern ein selbständiges Recht. Sie dient nicht dazu, ein von der Gefahr der Verletzung bedrohtes Recht zu schützen, sondern sehr verschiedene Bedürfnisse zu befriedigen" (S. 230). Dafür gibt Eltzbacher das Beispiel, der Mieter könne auf Feststellung seines nach der Ansicht des Vermieters nicht bestehenden Mietrechts klagen, „auch wenn er vorläufig keine Störung in der Benutzung der Wohnung zu fürchten hat, um sich über die zu treffenden Maßregeln klar zu werden". Natürlich kann er klagen, wenngleich er vorläufig keine Störung zu befürchten hat, um der Gefahr späterer Störung als einer solchen entgegenzutreten, an deren Abwendung er ein Interesse hat. Könnte er aber klagen, wenn der Vermieter sein Mietrecht bestreitet, aber seinen Mietgenuß auch für die Zukunft nicht bedroht, also z. B. erklärt, er bestreite ihm zwar das Recht, länger in der Wohnung zu bleiben, werde ihn aber ruhig darin bleiben lassen? Und soll das Recht, Feststellung des Mietrechts verlangen zu können, ein selbständiges, vom Mietrecht unabhängiges Recht sein? Freilich kann die Klage „nicht nur auf die Feststellung gerichtet werden, daß der Kläger ein Recht hat, sondern auch auf die Feststellung, daß der Beklagte ein solches nicht hat". Aber, wie im ersten Fall jenes Recht, so macht sie im zweiten Falle geltend die Abwesenheit dieses Rechts oder die Freiheit des Klägers von der im Fall seiner Existenz ihn treffenden rechtlichen Beschränkung.

Auch die negative Feststellungsklage macht ein Recht des Klägers geltend, dessen Feststellung sie verlangt, im weiteren Sinn einer dem Kläger günstigen Rechtslage; denn ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses hat er nur dann, wenn er im Falle seines Nichtbestehens sich in einer besseren Rechtslage befindet als im Falle seines Bestehens. Wie mit dem Verlangen der Feststellung einer noch nicht fälligen Forderung zum Zweck der Sicherung ihrer rechtzeitigen Befriedigung sich das Verlangen ihrer Erhebung zu einer vollstreckbaren für den Fall verbinden kann, daß jener Zweck nicht erreicht wird, so kann sich mit dem durch die Gefahr der Zuwiderhandlung begründeten Verlangen der Feststellung einer Unterlassungspflicht, das die Beseitigung jener Gefahr bezweckt, für den Fall der trotzdem erfolgenden Zuwiderhandlung verbinden die Geltendmachung des durch diese entstehenden Restitutions- oder Ersatzanspruchs. Sie ist eine eventuelle und das ihr stattgebende Urteil ist eine bedingte Verurteilung. Zur Zeit der Klage und des Urteils ist der Anspruch noch nicht entstanden, sondern nur ein solcher, der möglicherweise durch Zuwiderhandlung entstehen wird. Seine eventuelle Geltendmachung könnte nicht mit der Unterlassungsklage verbunden werden, wenn die Klage auf künftige Leistung eine bereits existierende und nur noch nicht fällige Leistungspflicht geltend machen müßte. Wie das nicht zutrifft, so ist auch unrichtig die Annahme, es könne durch Klage nicht bloß ein betagter, sondern auch ein nur bedingt wirksamer Anspruch geltend gemacht werden, aber „nicht ein noch nicht entstandener zukünftiger Anspruch" (Seuffert, Komm. zur ZPO. zu § 259 Nr. 2). Diese Unterscheidung ist überhaupt nicht haltbar. Es handelt sich stets um eventuelle Verurteilung zur Befriedigung eines eventuellen Anspruchs, zu dessen Entstehung es im Fall der zur Zeit des Urteils bereits bestehenden, aber

vor ihrer Fälligkeit erloschenen Leistungspflicht ebenso wenig kommt wie in anderen Fällen. Was zur Zeit des Urteils schon bestehen muß, ist nur ein Rechtsverhältnis, das möglicherweise den bestimmten Anspruch begründen wird. Er existiert nicht vor der Zuwiderhandlung, es ist aber dasselbe Rechtsverhältnis, durch das dem Beklagten diese verboten und nach der Uebertretung des Verbotes die Beseitigung ihrer Folgen geboten ist. Ebenso besteht auch schon durch ein bedingtes Rechtsgeschäft ein Rechtsverhältnis, das den Anspruch auf das bedingt Geschuldete zwar noch nicht begründet und vielleicht nie begründen wird, aber doch wegen der eventuell gefährdeten rechtzeitigen Befriedigung desselben durch Feststellungsklage geltend gemacht werden kann in Verbindung mit der Geltendmachung jenes Anspruchs für den Fall seiner Entstehung durch den Eintritt der Bedingung.

Ist die Klage auf Unterlassung eine Feststellungsklage, so ist das ihr stattgebende Urteil keine Verurteilung. Dieser Satz wird nicht dadurch widerlegt, daß im Fall solcher Klagen sog. Verurteilungen zu Unterlassungen verlangt und vollzogen werden. Während die sog. Verurteilung zu einer künftigen Leistung eine wirkliche Verurteilung ist, nachdem die Leistung zu einer für die Gegenwart geschuldeten geworden ist, so ist die sog. Verurteilung zu einer Unterlassung nie eine wirklichen Verurteilung zu ihr. Sie begründet nie die Existenz eines vollstreckbaren Unterlassungsanspruchs. Otto Fischers dem ersten Entwurfe des BGB. gegenüber geltend gemachtes Bedenken, der Anspruch im Sinne des Rechts, etwas zu verlangen, gehe stets auf etwas Positives, muß nach Lehmann (S. 96) „dem Gesetze gegenüber selbstverständlich verstummen". Dieses habe den betreffenden Begriff „eben mit Absicht denaturiert". Kein Gesetz kann aber einen Begriff denaturieren und noch weniger kann in unserem Falle von einer absichtlichen Begriffsdenatu-

rierung die Rede sein. Die Verfasser eines Gesetzes können neue Begriffe bilden, aber nicht anders als jeder, der solche bildet. Der von ihnen gebildete Begriff ist falsch, wenn ihm die Bestimmungen des Gesetzes widersprechen, und er ist überhaupt kein Begriff, wenn seine Merkmale einander widersprechen. Fassen wir das Verlangen im eigentlichen Sinne, wonach infolge desselben das Verlangte erst eintreten soll, so kann es nicht dahin gehen, daß etwas unterbleibe. Das sogenannte Recht, zu verlangen, daß etwas unterbleibe, ist in Wirklichkeit ein Recht, etwas zu verbieten. Die mir geschuldete Unterlassung ist aber nicht nur eine solche, die ich verbieten kann, sondern eine verbotene. Dadurch, daß ich auf ihre Unterlassung klage, will ich die Gefahr, daß sie erfolge, beseitigen, was mir aber nur gelingt im Fall der Befolgung des meiner Klage stattgebenden Urteils.

Auch die mir geschuldete positive Leistung ist mir nicht nur geschuldet als eine von mir verlangte. Sie ist aber von ihrer Fälligkeit an ein Gegenstand meines berechtigten Verlangens zum Zwecke des nunmehrigen Eintrittes ihres Erfolges. Und wie es Bedeutung hat, daß ich sie durch Klage verlange, so hat es Bedeutung, daß ich dies nicht tue, weil ich sie nicht mehr verlangen kann, nachdem ich sie während der Verjährungszeit nicht verlangt habe. Durch die Leistungsklage mache ich die Pflicht nunmehriger Leistung als eine nach meiner Behauptung bestehende geltend, deren Existenz, wenn sie nicht schon infolge der Klage erfüllt wird, das dieser stattgebende Urteil bestimmt. Was aber das Urteil zur Verurteilung macht, das ist die dadurch dem Kläger zustehende zwangsweise Erwirkung des Erfolges der unterbliebenen Leistung. Die Pflicht positiver Leistung ist schon vor ihrer Fälligkeit sowohl erfüllbar als verletzbar durch Vereitelung der Leistung, aber ihre Erfüllung oder der Erfolg derselben ist erst von ihrer Fälligkeit

an durchsetzbar. Für die Unterlassungspflicht hat ihre Fälligkeit nicht dieselbe Bedeutung. Besteht keine Gefahr der Zuwiderhandlung, so ist trotz der Fälligkeit der Unterlassungspflicht die Klage unbegründet; besteht jene, so ist die Klage unabhängig von der Fälligkeit der Pflicht begründet. Das ihr stattgebende Urteil bestimmt die Pflicht der Unterlassung oder erklärt, was dasselbe ist, die Zuwiderhandlung für unberechtigt. Bestimmt es aber die Vollstreckbarkeit des Unterlassungsanspruchs? Ein Zweifel daran scheint dadurch ausgeschlossen, daß unsere ZPO. einen eigenen Abschnitt hat über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung teils bestimmter anderer Leistungen, teils von Unterlassungen. In ihm handelt von diesen der § 890. Was er aber bestimmt, das ist die Möglichkeit der Verurteilung zu einer Strafe wegen erfolgter Zuwiderhandlung sowie der Verurteilung zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit. Es ist also nur die Rede von Folgen der Zuwiderhandlung und nicht von einer Erwirkung der Unterlassung. Man beruft sich demgegenüber darauf, diese sei doch in erster Linie bezweckt durch die vom Kläger verlangte und erlangte Androhung der Strafe, die den Beginn der Zwangsvollstreckung bilde [12]). Kann aber der Beginn der Zwangsvollstreckung einen anderen Zweck haben als ihre Durchführung? Die Zwangsvollstreckung soll in der Regel nicht sowohl die vom Verurteilten geschuldete Handlung erwirken als deren Erfolg unabhängig von seinem Willen bewirken. Für den Fall einer Handlung, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, d. h. deren Erfolg nicht auf anderem Wege bewirkt werden kann, bestimmt aber unsere ZPO. (§ 888) die Anhaltung des Schuldners zur Vornahme der Handlung durch sogenannte Strafen. Ihre An-

12) So namentlich die vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts (Entsch. 42, 421).

drohung fällt zusammen mit ihrer Verhängung, die erfolgt für den Fall, daß nicht vor ihrer Vollstreckung die bestimmte Handlung geschieht. Durch diesen Zweck existiert (wie bei der Bestrafung im Zeugniszwangsverfahren) ein Akt nicht sowohl der Bestrafung als des Zwangs, der gleich jeder Zwangsmaßregel erfolglos bleiben kann, so daß dann ein erfolgloser Versuch der Zwangsvollstreckung vorliegt. Von diesem Falle unterscheidet sich wesentlich der Fall des § 890. Die Androhung der Strafe geht hier ihrer Verhängung vorher, die nur eintritt als eine nach erfolgter Zuwiderhandlung vom Kläger verlangte. Und ihre Verhängung bezweckt nicht die Befolgung des Verbots, die nicht mehr in Frage kommt, nachdem es übertreten ist. Ihre Androhung hat allerdings zunächst jenen Zweck, aber zugleich für den Fall, daß sie ihn nicht erreicht, den Zweck der Ahndung der Zuwiderhandlung, und dieser allein ist es, zu dem durch die Verhängung und Vollstreckung der Strafe Zwangsvollstreckung erfolgt [13]). Wäre schon ihre Androhung der Beginn der Zwangsvollstreckung, so könnte diese beginnen vor der Fälligkeit des zu vollstreckenden Anspruchs; ist doch die vom Kläger verlangte und erlangte Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung auch möglich im Falle einer nicht für die Gegenwart, sondern erst für spätere Zeit geschuldeten Unterlassung.

„Andere Gedankengänge" als die Erwägung, daß ein Recht, etwas zu verlangen, notwendig auf etwas Positives gehe, sind es nach Lehmann (S. 97), „die Hölder zur Ablehnung des negativen Anspruchs geführt haben." Ich habe aber schon in meiner Besprechung der zweiten Lesung des BGB.-Entw. (Arch. ZP. 80, 48) betont, daß „die Pflicht zu einer Unter-

13) Hier trifft nicht zu der Satz im erwähnten Urteil des Reichsgerichts: „Dieser Zwang wird durch Androhung einer Strafe begonnen und durch die Ausführung der Androhung fortgesetzt."

lassung eine positive Forderung nicht begründet" und die Forderung, die mit der Zuwiderhandlung zu verjähren beginnt, erst durch diese entstanden ist. Ich habe ebenso in meinem von Lehmann selbst angeführten Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. (S. 412) betont, eine geschuldete Unterlassung sei nicht Gegenstand eines Anspruchs im Sinn des Rechtes, etwas zu verlangen. Ich habe nur später beigefügt, daß der eigentliche Gegenstand des Anspruchs nicht sowohl das bestimmte Verhalten als sein Erfolg sei und daß sowohl die Leistungsklage als die Bewirkungsklage die nunmehrige Aenderung eines zur Zeit bestehenden Zustandes bezwecke, während die Feststellungsklage bezwecke die Sicherung des zukünftigen Bestehens eines dem Rechte des Klägers gemäßen Zustandes, das gefährdet sein könne durch die Gefahr des Eintritts einer diesem Rechte nicht gemäßen oder die Gefahr des Ausbleibens einer ihm gemäßen Aenderung.

Lehmann sagt: „Das Eigentümliche der Hölderschen Scheidung liegt sonach darin, daß sie in der Leistungspflicht die positiven und negativen Elemente schärfer zu trennen versucht und zu dem Zwecke der Aenderung eines bestehenden Zustandes als einer rein positiven Leistung die Erhaltung eines bestehenden Zustandes gegenüberstellt." Von einer der negativen gegenüberstehenden „rein positiven" Leistung habe ich aber nicht geredet und läßt sich nicht reden, da, wer eine Aenderung schuldet, auch die Unterlassung ihrer Vereitelung schuldet. Nach Lehmann scheint für meine Unterscheidung „auf den ersten Blick zu sprechen, daß sie dem grundsätzlichen Gegensatz zwischen Tun und Unterlassen bis in seine letzten Konsequenzen Rechnung trägt". Sie sei aber unhaltbar, weil „sie begrifflich Zusammengehöriges zerreißt. Sie ignoriert, daß gewisse positive und negative Pflichten dadurch zu einer untrennbaren Einheit verbunden sind, daß sie auf einer und derselben Norm beruhen" (S. 98). Es ist aber keineswegs alles,

was auf derselben Norm beruht, darum eine untrennbare Einheit. Gewiß beruht auf derselben Norm die noch nicht fällige und die durch den Eintritt der Leistungszeit fällig gewordene Leistungspflicht, und doch kann diese ohne weiteres, dagegen jene nur unter Umständen durch Klage geltend gemacht werden. Nach Lehmann ist es „der Fehler" meiner Unterscheidung, daß sie an den bestehenden Zustand anknüpft. „Das Gesetz ... stellt sich einen bestimmten Zustand als einen durch die Unterlassung zu erhaltenden ganz ohne Rücksicht auf die bisherige Sachlage vor." Es ist aber nicht zu begreifen, wie das Gesetz sich einen Zustand soll als einen zu erhaltenden vorstellen können, ohne sich ihn als einen bestehenden vorzustellen. Lehmann bemerkt sodann, die Klage auf Aenderung und auf Erhaltung eines Zustandes lasse sich deswegen nicht unterscheiden, weil man sonst angesichts des jederzeit möglichen Zustandswechsels nicht wissen könne, ob man auf die eine oder auf die andere zu klagen hat. Die Klagbitte kann aber doch einen mehrfachen Inhalt haben. Eine bloße Unterlassungsklage liegt nur dann vor, wenn sie lediglich verlangt, daß etwas nicht durch den Beklagten oder durch seine Zulassung geschehe. Sie macht nicht etwa notwendig ein solches Recht geltend, das ihn ausschließlich zu einer Unterlassung verpflichtet; denn wer z. B. für eine bestimmte Zeit und einen bestimmten Ort einem anderen die Unterlassung ruhestörenden Lärms zugesagt hat, schuldet ihm auch die Fürsorge dafür, daß solcher Lärm nicht durch andere erfolge, die er daran hindern kann. Aber sie bezweckt nicht, daß etwas geschehe, sondern nur, daß etwas nicht geschehe, und die durch sie erwirkte sog. Verurteilung zur Unterlassung ist ein Verbot, das in Ermanglung seiner Uebertretung keiner Vollstreckung bedarf, während die im Fall derselben mögliche Zwangsvollstreckung deren Ahndung bezweckt und bewirkt. Von einer Vollstreckung des Verbots könnte nur die Rede sein im Sinne

gewaltsamer Verhinderung seiner Uebertretung. Sollte sie erfolgen, so müßte, wer verurteilt ist, ruhestörenden Lärm in seiner Wohnung zu unterlassen, sich gefallen lassen müssen, daß sich zum Zweck der Verhinderung solchen Lärms der Gerichtsvollzieher nötigenfalls mit dem dazu erforderlichen polizeilichen oder militärischen Aufgebot einfindet.

Gegen meine Unterscheidung wendet Lehmann, wie schon Siber (Der Rechtszwang im Schuldverhältnis S. 84 f.), ein die Möglichkeit des Zustandswechsels, durch die, wer die künftige Existenz eines Zustands verlange, nicht wisse, ob er sie zu verlangen habe als Erhaltung oder Aenderung des bestehenden Zustandes. Wenn ich aber unterschieden wissen will, ob das durch die Klage verlangte und erlangte Urteil eine Aenderung des bestehenden Zustandes gebietet oder verbietet, also seine Aenderung oder seine Erhaltung bezweckt, so bezieht sich dies nur auf das schon für die Gegenwart geltende Gebot und Verbot. Jenes ist eine Verurteilung, dieses ein Feststellungsurteil. Gilt es dagegen erst für eine spätere Zeit, so ist es stets ein Feststellungsurteil, mit dem sich aber eine eventuelle Verurteilung verbinden kann. Diese ist vollstreckbar. Es gibt aber keine Vollstreckung des Verbotes, die seiner Uebertretung vorausgeht und sie verhütet, sondern nur eine Vollstreckung teils der nach den Normen des Privatrechts durch seine Uebertretung begründeten Restitutions- oder Ersatzforderung, teils der nach der Vorschrift der Prozeßordnung durch seine Uebertretung verwirkten Strafe. Während durch seine Uebertretung jene Forderung entsteht als eine solche, die einesteils jetzt erhoben werden und anderenteils zum voraus erhoben sein kann, so daß sie erneuter Erhebung nicht bedarf, so wird diese Strafe nur verhängt, wenn der Kläger sowohl vor der Uebertretung des Verbotes ihre Androhung als nachher ihre Verhängung verlangt hat. Schon deshalb kann nicht die

Rede sein vom Beginn einer Zwangsvollstreckung durch ihre Androhung, die vielmehr nur die eventuelle Möglichkeit einer solchen bezweckt und bewirkt.

Mit Unrecht meinen Lehmann und Siber, das Verlangen einer Unterlassung sei nach meiner Ansicht ein Verlangen einer vollstreckbaren Zustandsänderung, wenn sein Gegenstand die Unterlassung eines solchen Handelns sei, das bis zu der Zeit, wofür die Unterlassung verlangt wird, stattgefunden habe. Ist mir das Unterbleiben von Lärm geschuldet, so ist das Urteil, das meine durch die Gefahr der Zuwiderhandlung begründete Klage verlangt, ein eigener Vollstreckung unfähiges Verbot, sowohl wenn es sich handelt um eine fällige, als wenn es sich handelt um eine noch nicht fällige Unterlassungspflicht, unabhängig davon, ob vor ihrer Fälligkeit das Verbotene Platz gegriffen hat oder nicht. Ein Zustand, dessen eventuelle Beseitigung die Klage verlangt und das ihr stattgebende Urteil so gebietet, daß sie durch Zwangsvollstreckung bewirkt werden kann, liegt nur vor, soweit der Zustand, dessen Abwesenheit dem Kläger geschuldet wird, durch seine bisherige Existenz ohne fernere Handlung fortdauert. Mache ich durch Klage geltend, daß mein Nachbar (mit diesem Beispiel operiert Siber) schon jetzt oder erst später keine Teppiche ausklopfen darf, so ist das der Klage stattgebende Urteil lediglich ein Verbot. Hat er aber (dieses Falles gedenkt Lehmann) eine Maschine, die, wenn sie einmal in Bewegung gesetzt ist, sich in dauerndem Gang befindet, so kann ich, wenn er mir schuldet, sie nicht gehen zu lassen, falls seine Verpflichtung für die Gegenwart besteht, seine Verurteilung dazu verlangen, den Gang der Maschine abzustellen, und ebenso, falls seine Verpflichtung für spätere Zeit besteht und zu besorgen ist, die Maschine werde sich zu jener Zeit im Gang befinden, seine eventuelle Verurteilung zur Abstellung ihres Ganges verlangen. Durch dieses Verlangen geht

aber die Klage über die Grenzen einer Unterlassungsklage hinaus und wird sie zu einer Klage auf künftige Leistung.

Die Unterlassungsklage selbst geht über die Grenzen anderer Feststellungsklagen insofern hinaus, als hier die sonst nur durch die Rechtskraft des Urteils gegebene Sicherung eine Verstärkung erfahren kann durch die vom Kläger beantragte Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung. Sie überschreitet die Grenzen einer Sicherungsklage nicht durch den Zweck jener Strafdrohung, die Unterlassung zu sichern, wohl aber durch das für den Fall, daß er nicht erreicht wurde, dem Kläger zustehende Verlangen der Verhängung der Strafe. Sie überschreitet aber damit die Grenzen nicht nur der Feststellungsklage, sondern jeder Geltendmachung eines privaten Klagrechts. Die Strafe, deren Androhung und deren Verhängung im Fall ihrer erfolglos gebliebenen Androhung zu verlangen ihm zusteht, ist nicht eine Privatstrafe, deren Realisierung von ihm abhängt, sondern eine staatliche, zwar auf sein Verlangen angedrohte und verhängte, aber nach ihrer erfolgten Verhängung nicht erst auf sein Verlangen vollstreckte Strafe. Wenn in bestimmten Fällen, wie in § 12 BGB., unterschieden wird zwischen der Feststellungsklage und der nur unter besonderen Umständen zulässigen Unterlassungsklage, so ist gemeint, daß nur unter diesen Umständen außer der Feststellung der Unterlassungspflicht oder, was dasselbe ist, dem Verbote der Zuwiderhandlung, die Androhung einer Strafe für den Fall dieser verlangt werden kann. Dies ist nach § 12 der Fall, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, d. h. die Gefahr solcher nicht schon durch die Rechtskraft des Urteils ausgeschlossen erscheint, sondern trotz dieser besteht, was nur zutrifft im Fall eines böswilligen Beklagten, zu dessen Abhaltung von der Zuwiderhandlung nicht schon die Feststellung ihrer Unzulässigkeit hinreicht (vergl. meinen Kommentar zu § 12).

VII. Die Duldungspflicht.

Neben der Pflicht, etwas zu unterlassen, begegnet uns die Pflicht, etwas zu dulden, die man oft auch als Unterlassungspflicht bezeichnet. Wenn nach § 890 ZPO. die Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung, „eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden", das Verlangen der Verurteilung zu einer auf den Antrag des Klägers vorher angedrohten Strafe begründet, so ergibt diese Bestimmung einesteils die Gleichstellung beider Fälle in dem bestimmten Punkte, anderenteils ihre Verschiedenheit, ohne die der zweite Fall der Nennung neben dem ersten nicht bedurft hätte. Fragen wir aber, wie es sich damit in Wirklichkeit verhält, so tritt uns die Bezeichnung der Duldung und der Duldungspflicht als eine zweideutige entgegen. Ich kann etwas dulden müssen oder nur dulden sollen. Muß ich es dulden, so ist es von meinem Willen unabhängig und darf ich mich nicht dagegen wehren. Soll ich es nur dulden, so bedarf es meiner Gestattung, bin ich aber zu dieser verpflichtet. Die Duldung der ersten Art ist nichts anderes als Unterlassung von Widerstand. Die Duldung der zweiten Art ist ein positives Verhalten. Das Tun, das mir ein anderer gestatten soll, wird durch die rechtskräftige Feststellung dieser Pflicht nach § 894 ZPO. zu einem solchen, das mir ihm gegenüber gestattet ist. Von der Rechtskraft des Urteils an ist es ein solches, das er nicht mehr nur dulden soll, sondern dulden muß, so daß jetzt die Duldungspflicht in der Tat eine Unterlassungspflicht ist. Meine Klage darauf, daß ein anderer mich etwas tun lasse, ist aber ebensowenig deshalb eine Klage auf Unterlassung, wie eine solche irgend eine Leistungsklage deshalb ist, weil der auf Grund derselben Verurteilte die Zwangsvollstreckung dulden muß oder ihr nicht widerstehen darf. Tut er dies, so wird sein Widerstand nach § 758 ZPO. vom Gerichtsvollzieher gewaltsam

gebrochen. Auch bezüglich seines Widerstandes gegen eine von ihm zu duldende Handlung des siegreichen Klägers ist dies nach § 892 möglich. Der Kläger, den z. B. der Beklagte über sein Grundstück muß gehen lassen, kann aber doch nicht jedesmal mit einer zur Brechung etwaigen Widerstandes genügenden Hilfsmacht versehen sein, und als Ersatz dafür dient die von ihm erwirkte Strafdrohung, die entweder den Widerstand verhütet oder, wenn sie das nicht getan hat, seine Ahndung auch für den Fall ermöglicht, daß diese in Ermangelung eines eingetretenen Schadens oder rechtswidrigen Zustands nicht durch Erhebung einer Ersatz- oder Restitutionsforderung erfolgen kann. Während aber diese Möglichkeit der Ahndung des Widerstandes neben der Möglichkeit seiner gewaltsamen Beseitigung besteht, so befugt ein Recht, das in einer geschuldeten Unterlassung aufgeht, auch als rechtskräftig festgestelltes nicht zur gewaltsamen Verhinderung, sondern nur zur Ahndung der Zuwiderhandlung. Oder darf ich etwa, weil der andere unserem Vertrage gemäß verurteilt ist, während des nächsten Jahres zu bestimmten Tagesstunden nicht zu musizieren, ihm täglich zu jener Zeit den Gerichtsvollzieher aufs Zimmer schicken, damit er ihn nötigenfalls auf so lange festnehme?

Von der für die bestimmte Person durch einen besonderen Verpflichtungsgrund gegebenen Unterlassungs- und Duldungspflicht ist zu unterscheiden die durch ein bestimmtes Recht für alle Rechtsgenossen gegebene. Sie ist als Duldungspflicht von vornherein ein Duldenmüssen. Und die Unterlassungspflicht schließt hier einesteils nicht in sich die Pflicht der Sorge für fremde Unterlassung; es verbindet sich aber anderenteils mit der allgemeinen Unterlassungspflicht eine Restitutionspflicht dessen, dem gegenüber der Berechtigte den seinem Rechte gemäßen Zustand nicht durch eigene Tat wiederherstellen kann oder darf.

Gegenstand des Rechts, von einem anderen etwas zu verlangen, ist nicht, wie § 194 BGB. sagt, teils ein Tun, teils ein Unterlassen, aber teils ein fremdes, teils die Gestattung eines eigenen Tuns. Da das Recht auf einen durch den anderen zu bewirkenden Erfolg durch seine Vollstreckbarkeit zum Rechte wird, ihn durch zwangsweises Vorgehen gegen den anderen zu bewirken, so steht es bezüglich seiner Vollstreckbarkeit dem Rechte gleich, vom anderen zu verlangen, daß er die Bewirkung des bestimmten Erfolges gestatte. Befindet sich meine Sache auf dem Grundstück des anderen, so ist bezüglich der Zwangsvollstreckung kein Unterschied zwischen dem Anspruch auf ihre Herausgabe und dem Anspruche auf Gestattung ihrer Wegschaffung nach §§ 867 und 1005 BGB. Bezüglich des einen wie des anderen Anspruchs erfolgt die Zwangsvollstreckung dadurch, daß der Gerichtsvollzieher den Eintritt in das Grundstück nötigenfalls erzwingt und die auf ihm vorgefundene Sache wegnimmt. Die Pflicht der Bewirkung eines Erfolges geht weiter als die Pflicht der bloßen Zulassung des anderen zu seiner Bewirkung; dieser Pflicht ist aber auch genügt, wenn ihn der Verpflichtete selbst bewirkt, so wenn er die auf seinem Grundstück befindliche Sache, deren Wegschaffung durch den anderen er zuzulassen verpflichtet ist, diesem herausgibt.

Ist der Anspruch ein Recht, etwas zu verlangen, und ist Gegenstand jedes Verlangens etwas noch nicht Verwirklichtes, so begründet die Unterlassungspflicht keinen Anspruch. Wohl aber existiert das Recht, von einem anderen etwas zu verlangen, in zwei Abstufungen. Entweder kann von ihm verlangt werden die Bewirkung eines bestimmten Erfolges oder nur die Zulassung seiner Bewirkung durch den Berechtigten. Im ersten Falle soll der Erfolg, auf den er ein Recht hat, hergestellt werden durch den Verpflichteten. Die Zwangsvollstreckung bewirkt aber nicht dessen Pflichterfüllung, sondern er-

setzt sie durch eine vom Berechtigten ausgehende Herstellung des bestimmten Erfolges, die er dulden muß.

Daß der durch die Klage geltend gemachte und durch die Verurteilung vollstreckbar werdende Anspruch von vornherein, anstatt auf die Herstellung eines Erfolges durch den Beklagten, auf die Zulassung seiner Herstellung durch den Kläger gehen kann, ignoriert § 194 BGB. Da man die Zulassung eines fremden Tuns nicht leicht selbst ein Tun nennt, sieht man im Recht auf sie eher ein Recht, „ein Unterlassen zu verlangen" als ein Recht, „ein Tun zu verlangen". Gleich dem einem Anderen geschuldeten Tun und im Gegensatz zu der ihm geschuldeten Unterlassung dient aber die ihm geschuldete Gestattung eines eigenen Tuns dem Zweck der Herstellung eines noch nicht bestehenden Zustandes. Und wenn im Gegensatze gegen die Verletzung einer Unterlassungspflicht die Unterlassung eines geschuldeten Tuns in der Regel kein Unrecht ist, solange es nicht verlangt wurde, so kann von der unterbliebenen Gestattung eines Tuns in der Regel überhaupt nicht die Rede sein, solange sie nicht verlangt wurde. Gleich dem geschuldeten Tun und im Gegensatz zur geschuldeten Unterlassung ist sodann die geschuldete Gestattung ein Gegenstand der Verjährung von der Zeit an, zu der sie zuerst verlangt werden konnte. Wer wird bezweifeln, daß der Anspruch des § 867 BGB. von seiner Entstehung an verjährt?

Das BGB. unterscheidet von anderen Ansprüchen den Anspruch auf Gestattung eines Tuns zwar nicht in § 194, aber in § 229, der bestimmt, daß nicht widerrechtlich handelt, wer in Ermangelung rechtzeitig zu erlangender obrigkeitlicher Hilfe „den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt" wegen der Gefahr, daß sonst „die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde". Ebenso spricht von einem

solchen Anspruche § 917 und 918. Dieser Paragraph spricht von der „Verpflichtung zur Duldung des Notweges", und der vorhergehende Paragraph bezeichnet den ihr entsprechenden Anspruch dadurch, daß er erklärt, der Berechtigte könne „von den Nachbarn verlangen, daß sie . . . die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden". Nicht im Sinn geschuldeter Zulassung, sondern im Sinn der von ihr unabhängigen Zulässigkeit des zu Duldenden spricht z. B. § 912 davon, der Nachbar habe den Ueberbau zu dulden, und in demselben Sinne sprechen die Römer von servitutes quae in patiendo consistunt. Wem von vornherein eine Duldung nur obliegt im Sinne der Zulassungspflicht, dem wird, wie dem zu eigenem Tun Verpflichteten, eine Duldung im Sinne der nicht zulässigen und nötigenfalls mit Gewalt beseitigten Hinderung fremden Tuns dadurch auferlegt, daß der Anspruch gegen ihn zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung wird. Die Klage auf Duldung dieser, die einmal im BGB. und mehrfach in der ZPO. vorkommt, macht nicht etwa das Recht geltend, vom Beklagten die Zulassung der Zwangsvollstreckung zu verlangen. Sie macht vielmehr den Anspruch geltend, dessen Befriedigung die Zwangsvollstreckung bezweckt. Sie macht ihn geltend als einen solchen, dessen Befriedigung der Beklagte nicht schlechthin, aber insoweit schuldet, als dazu bestimmte, seiner Verfügung unterliegende Mittel zureichen, in die er die Zwangsvollstreckung dulden muß. Sowohl nach der Erhebung der Klage als nach seiner Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung kann er diese noch abwenden durch Befriedigung des Anspruchs, die hier wie sonst nicht den Durchfall, sondern das Durchdringen der Klage bedeutet.

Wäre die Klage eine Beschwerde über eine Rechtskränkung, wie man früher annahm und wie noch Hellwig, Klagrecht S. 43, sie nennt, indem er nur jener die Rechtsgefährdung

beifügt, so würde die Klage auf Zulassung eines Tuns erfordern, daß diese ohne Erfolg verlangt war; dieses Erfordernis besteht aber hier ebensowenig wie im Fall einer sonstigen Leistungsklage.

VIII. Die Lehre Windscheids. — Die Selbsthilfe und der Arrest.

Hellwig betrachtet den Klagrechtsbegriff des gemeinen Rechts als abgetan. Der Name des Klagrechts scheint ihm dadurch frei und für die prozessuale Klagberechtigung verwendbar geworden zu sein. Man faßt aber nicht den neuen Most in alte Schläuche, und wenn wirklich jener Begriff abgetan wäre, so wäre es besser, mit ihm auch seinen Namen abzutun und einem anderen Begriff einen anderen Namen zu geben. Soll insbesondere jener Name jetzt den Rechtsschutzanspruch als einen solchen bezeichnen, der gleichmäßig dem Kläger und dem Beklagten zukomme, so ist er ersichtlich irreführend.

Die Antiquiertheit jenes gemeinrechtlichen Begriffes ist etwas, das Hellwig nicht darzutun sucht, sondern als bekannt voraussetzt, weshalb für ihn ein Gegner dadurch erledigt ist, daß er sich „einen Rückfall in die alte gemeinrechtliche Lehre vom materiellen Klagrecht" zu Schulden kommen läßt (S. 6). Abgetan soll sie sein durch Windscheids Anspruchslehre. Es fragt sich aber, ob diese dem Klagrechte gerecht geworden ist. „So", sagt er, „kann nur dasjenige Recht genannt werden, für welches jetzt unmittelbar die richterliche Hilfe durch Klage angerufen werden kann" (die Actio 1856 S. 222), womit wir ganz einverstanden sind. Es habe aber „nicht jede Rechtsverletzung eine unmittelbare Gewährung richterlicher Hilfe zur Folge, sondern nur diejenige, in welcher zugleich ein Sich-inwiderspruchsetzen des Willens des Verletzenden mit dem Willen

des Berechtigten enthalten ist". Der Staat lasse „auf mein Anrufen sofort Zwang eintreten", wenn mein Schuldner mir „die Leistung verweigert". Dagegen lasse gegen den Besitzer einer Sache, „obgleich in diesem Besitze gewiß eine Verletzung meines Eigentumsrechts liegt", der Staat „Zwang nicht sogleich eintreten, sondern erst dann, wenn er auf mein Anfordern mir die Herausgabe der Sache verweigert". „Die Verletzung meines Eigentums erzeugt also für mich nicht ein Klagrecht, sondern ein Recht, die Wiederaufhebung der Verletzung zu fordern, und dieses Forderungsrecht gestaltet sich dadurch, daß seine Befriedigung verweigert wird, zum Klagrecht." Während so nach Windscheid eine Rechtsverletzung zur Entstehung eines Klagrechts nicht genügt, ist in Wirklichkeit eine solche dazu nicht erforderlich. Die fällige Leistung kann durch Klage verlangt werden, ohne verweigert zu sein. Der Eigentümer kann vom Besitzer die Herausgabe durch Klage verlangen, ohne daß dieser sie verweigert hätte und obgleich nicht, was Windscheid als gewiß bezeichnet, im fremden Besitz als solchem eine Verletzung des Eigentumsrechts liegt. Ist etwa eine solche gegeben durch den mit dem Willen des Eigentümers bestehenden oder durch den in seinem Interesse von einem redlichen Finder ergriffenen Besitz? Daß vollends z. B. das Recht, auf Scheidung zu klagen, wenn es etwa durch Geisteskrankheit des Gatten gegeben ist, keine Rechtsverletzung erfordert, ist offensichtlich. Windscheid selbst sagt (Die Actio, Abwehr gegen Muther S. 35): „einen Anspruch haben, heißt: rechtlich befugt sein etwas zu verlangen; eine Klage haben, heißt: für etwas, was man verlangt, die richterliche Hilfe anrufen dürfen". Windscheid verkennt aber, daß jeder, der einen Anspruch in diesem Sinne hat, auch eine Klage hat im Sinne des Klagrechts, den die Bezeichnung der Klage zwar nach ihm nicht haben soll, aber in dieser Anwendung haben muß. Wind-

scheid unterscheidet (a. a. O. S. 27) die Rechtsordnung, worauf der Anspruch beruht als „ein vom Rechte garantierter", und die Klagordnung, die darin besteht, daß der Staat im Falle der verweigerten Befriedigung des Anspruchs Hilfe gewährt; „er hört die Klage des Verletzten und hilft ihr ab". Windscheids Vorstellung über die Klage beruht so wesentlich auf diesem Namen, der aber, wie so viele Namen, irreführt. Zugleich erklärt er (a. a. O. S. 25), es habe „für uns keinen Sinn, wenn wir sagen: jemand hat einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch, eine Klage, statt: jemand hat ein Recht". Wenn aber nicht jedes Recht durch Klage verfolgbar ist, warum soll dann die Frage nicht zulässig, ja notwendig sein, wann dies zutrifft? Und warum soll die darüber Auskunft gebende „Klagordnung" nicht zur „Rechtsordnung" gehören? Windscheid erklärt (a. a. O. S. 30) „es ist eine Verfälschung des heutigen Rechtsbewußtseins, wenn man von Klagrechten statt von Rechten spricht". Hat also ein verfälschtes Rechtsbewußtsein, wer fragt, ob er gegen seinen Schuldner klagen kann, ohne ihn gemahnt oder nach dessen Mahnung noch einige Zeit gewartet zu haben, wer fragt, ob er gegen ihn schon vor der Fälligkeit der Schuld klagen kann, ob er zur Sicherung der ihm geschuldeten Unterlassung ohne weiteres oder nur unter bestimmten Umständen auf sie klagen kann, ob er der Bestreitung seines Eigentums gegenüber ohne weiteres oder nur unter bestimmten Umständen auf dessen Feststellung klagen kann und dergleichen?

Es mag weit hergeholt erscheinen, auf Windscheids aus den Jahren 1856 und 1857 stammende Ausführungen zurückzugehen. Doch ist es nicht überflüssig, angesichts der Tatsache, daß man den gemeinrechtlichen Klagrechtsbegriff als einen durch Windscheid erledigten behandelt, zu zeigen, wie wenig zureichend Windscheid, der den in jenen Schriften

über die Actio entwickelten Standpunkt in seinem Lehrbuch festgehalten hat, den Begriff des Klagrechts und sein Verhältnis zum Begriff des Privatrechtsanspruchs behandelt. Verlangen wir für diesen Fälligkeit und einen positiven Inhalt[14]), so ist er gleich dem Anspruch auf einen durch Urteil zu bewirkenden Erfolg als solcher ein Klagrecht. Daß die Herstellung des dem Berechtigten gebührenden Erfolges vom Gegner verlangt und verweigert wurde, ist im ersten Falle für die Existenz eines Klagrechts nicht erforderlich und im zweiten überhaupt nicht möglich; auch hier ist der Anspruch ein Privatrechtsanspruch im weiteren Sinne eines durch ein Privatrechtsverhältnis begründeten Anspruchs auf einen privatrechtlichen Erfolg, aber nicht im engeren Sinne eines durch privates Handeln realisierbaren. Wäre das eigentliche Objekt des Anspruchs ein Verhalten dessen, durch den er befriedigt werden soll, so wäre der Anspruch auf Scheidung ein Anspruch gegen den Scheidungsrichter auf Fällung des Scheidungsurteils; er ist aber ein Anspruch gegen den Gatten auf die Trennung der Ehe als eine solche, die er sich gefallen lassen muß. Der Privatrechtsanspruch im engeren Sinne soll in erster Linie seine Befriedigung finden durch die Tat dessen, gegen den er geht. Durch dessen Verurteilung wird jene nicht ersetzt, sondern nur entweder ihre Vollziehung veranlaßt oder ihre Ersetzung durch Zwangsvollstreckung ermöglicht. Wenn aber „obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde", ist nach § 229 seine Befriedigung durch Selbsthilfe zulässig. Freilich bestimmt § 230[II]: „im Falle der Wegnahme von Sachen ist, sofern nicht Zwangsvollstreckung erwirkt wird,

14) Darüber, daß sowohl das erste dem Wortlaute des § 194 und 198 BGB. gemäße als das zweite dem Wortlaute des § 194 widersprechende Merkmal zutrifft, vergl. namentlich IheringsJ. 46, 291 ff.

der dingliche Arrest zu beantragen". Diese Bestimmung ist aber, wie ich schon in der JJP. 29, 52 bemerkt habe, nicht anwendbar auf einen solchen Akt der Selbsthilfe, der nicht nur die zukünftige „Verwirklichung des Anspruchs" sichert, sondern diese unmittelbar bewirkt. Was soll die Erwirkung von Zwangsvollstreckung oder der Antrag auf Arrest, wenn ich im Wege der Selbsthilfe einem anderen die Sache abgenommen habe, deren Herausgabe er mir schuldete? Sagt Lehmann (S. 87), die Selbsthilfe sei „grundsätzlich nur als Sicherungszwang, als Vorbereitung des staatlichen Erfüllungszwanges gedacht", so haben freilich die Verfasser des BGB. nur an diesen Fall gedacht. Das ändert aber nichts daran, daß sie im angegebenen Fall die Erfüllung ersetzt und keinen Raum für einen angeblich durch sie erst vorbereiteten Erfüllungszwang übrig läßt. Mit Unrecht sagt daher Hellwig unter Berufung auf seine früheren Ausführungen und Ignorierung meiner Gegenausführungen, jene Selbsthilfehandlungen seien nur „ein Provisorium des Provisoriums" (S. 15). Dies ist auch für solche Selbsthilfehandlungen, die nicht unmittelbar den geschuldeten Erfolg bewirken, nicht richtig, weil ihnen nicht notwendig noch das Provisorium des Arrestes folgt. Erfüllungszwang ist gleich der Zwangsvollstreckung die im Notfall anstatt derselben zulässige Selbsthilfehandlung nicht sowohl im Sinne eines die Erfüllung erzwingenden, als im Sinne eines sie durch anderweitige Bewirkung des bestimmten Erfolges ersetzenden Vorgehens. Handelt es sich um bloßen Sicherungszwang, so ist die dadurch bewirkte Sicherung anderer Art als die durch Feststellungsurteil bewirkte. Mit der Feststellungsklage hat aber sowohl das Arrestgesuch als die dem Zweck der Sicherung dienende Selbsthilfe neben diesem Zwecke gemein, daß durch sie ein Rechtsverhältnis geltend gemacht werden kann, das einen Anspruch nicht zur Zeit begründet, sondern nur möglicherweise in Zukunft begründen wird.

Vom Arreste sagt § 916 ZPO., daß er auch zulässig ist wegen bedingter Ansprüche, sie hätten denn wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung keinen Vermögenswert. Habe ich das Recht auf Arrest, so habe ich auch in Ermangelung seiner rechtzeitigen Erlangbarkeit das Recht der seiner Erwirkung vorangehenden Selbsthilfe. Wenn also § 229 dieses gewährt für einen bezüglich seiner Verwirklichung gefährdeten Anspruch, so ist gemeint nicht nur ein schon existierender, sondern auch, mit der in § 916 ZPO. gemachten Ausnahme, ein solcher, der in einem bestimmten Falle existieren wird. Besteht aber im Gegensatz zum Rechte des Erfüllungszwangs das Recht des Sicherungszwangs nicht erst durch die Existenz eines Anspruchs, sondern schon durch die Existenz eines für einen bestimmten noch nicht eingetretenen Fall einen solchen begründenden Rechtsverhältnisses, so hat doch weder das eine noch das andere eine besondere Existenz neben dem durch das Verlangen oder die im Notfall zulässige eigene Uebung des Zwangs geltend gemachten Rechte.

Nach Hellwig ist der Rechtsschutzanspruch teils Anspruch auf Urteil, teils Anspruch auf Vollstreckung, teils Anspruch auf Arrest oder einstweilige Verfügung. Er besteht dem Staate und dessen Organen gegenüber, und seine Existenz bedeutet, daß es diesen zusteht und obliegt, ihn zu befriedigen. Ist er durch deren in Gemäßheit ihrer Amtspflicht vollzogene Tätigkeit befriedigt worden, so hat er notwendig bestanden. Wie verhält es sich aber dazu, daß nach § 945 sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als „von Anfang an ungerechtfertigt" erweisen kann, obgleich durch jene Anordnung das sie vollziehende Gericht seine Amtspflicht nicht etwa verletzt, sondern erfüllt hat? Ebenso erweist sich im Falle der vorläufigen Vollstreckbarkeit ihre vom Richter in Gemäßheit seiner Amtspflicht vollzogene Anordnung nachträglich als

ungerechtfertigt, wenn der für vollstreckbar erklärte Anspruch sich als nicht bestehend ergibt. Einem rechtskräftigen Urteile gegenüber ist dieser Fall ausgeschlossen, weil, wenn es sich nachträglich als ungerechtfertigt ergibt, dies wegen seiner Rechtskraft nicht geltend gemacht werden kann. Wie aber hier ein Klagrecht existierte trotz des die Klage abweisenden der wirklichen Rechtslage nicht gemäßen Urteils und nicht existierte trotz des ihr stattgebenden der wirklichen Rechtslage nicht gemäßen Urteils, so ergibt sich vorläufige Vollstreckung, Arrest und einstweilige Verfügung, wenngleich sie anzuordnen das Gericht berechtigt und verpflichtet war, als ungerechtfertigt, wenn sich der bestimmte Anspruch als nicht existent ergibt. Er ist es, der für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde unter der Voraussetzung seiner Existenz. Er ist es, um dessen willen der Arrest oder die einstweilige Verfügung angeordnet war als eines wahrscheinlich existierenden oder zur Existenz gelangenden. Gleich der Leistungsklage macht das Arrestgesuch wegen eines angeblich schon bestehenden Privatrechtsanspruchs diesen geltend, aber nicht als solchen, sondern nur als einen bezüglich seiner Befriedigung gefährdeten; es bezweckt deren Sicherung für den Fall seiner Existenz. Ebenso macht das Arrestgesuch wegen eines noch nicht bestehenden Anspruchs die Wahrscheinlichkeit seiner zukünftigen Existenz geltend, um für den Fall ihres Eintritts seine Befriedigung durch Zwangsvollstreckung zu sichern.

Die zukünftige Existenz eines meinem Rechte gemäßen Zustandes kann gefährdet sein durch die Gefahr, daß ein anderer es nicht gelten läßt, aber auch nur dadurch, daß für den Fall eines mir zustehenden Anspruchs dessen Befriedigung durch Zwangsvollstreckung gefährdet ist, weil Gefahr besteht, daß zur Zeit, zu der sie erst wird eintreten können, keine genügenden Objekte derselben existieren. Das Arrestgesuch verlangt Sicherstellung gegen diese Gefahr. Wie durch die Feststellungsklage

eine Entscheidung, so kann durch das Arrestgesuch eine Zwangsmaßregel unter Umständen erwirkt werden, unter denen sie sonst noch nicht erwirkt werden kann, wegen eines Interesses an ihrer alsbaldigen Vollziehung. In beiden Fällen handelt es sich um einen Akt der Prävention. Im Gegensatze zum Feststellungsurteil ist aber der Arrest nicht nur eine vorläufige und der späteren Aufhebung ausgesetzte Maßregel, sondern auch eine solche, deren bisheriges Platzgreifen sich als ungerechtfertigt erweist, wenn die Existenz des Anspruchs, um dessen willen sie erfolgt, sich als ausgeschlossen ergibt. So namentlich, wenn er um eines bedingten Anspruchs willen erfolgte und die Bedingung vereitelt ist; so wahrscheinlich auch deren Eintritt und damit die zukünftige Existenz des davon abhängenden Anspruchs gewesen sein mag, so hat sie doch durch die Vereitelung der Bedingung sich als ausgeschlossen und damit die Belästigung und etwaige Schädigung des Gegners durch den Arrest sich als ungerechtfertigt ergeben. Daher die diesem sowohl wegen ungerechtfertigten Arrestes (§ 945 ZPO.) als wegen ungerechtfertigter vorläufiger Vollstreckung (§ 717) zustehende Entschädigungsforderung, die ebenso besteht im Falle ungerechtfertigter Selbsthilfe (§ 231). Auch für diesen Fall gilt, was für die anderen ausdrücklich bestimmt ist, daß auch zu vergüten ist die Schädigung durch eine zum Zwecke der Abwendung der Maßregel vollzogene Leistung.

Hellwig sagt (S. 14), das Arrestrecht finde „eine interessante Ergänzung in dem Nothilferecht“, betont aber, daß jenes gegen den Staat, dieses gegen den Privaten gerichtet sei. In der Tat ist das Recht der Selbsthilfe eine Ergänzung des Rechts der Zwangsvollstreckung, das auch das deren Sicherung bezweckende Arrestrecht umfaßt. Schwer verständlich ist aber, wie ein Recht gegen einen Privaten eine Ergänzung eines Rechts gegen den Staat sein soll. Ist die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs durch Selbsthilfe seiner Durchsetzbarkeit vermittelst

staatlicher Hilfe subsidiär, so besteht, wie diese, so auch jene dem anderen gegenüber als einem solchen, der sie dulden muß. Hat er den gleichen Entschädigungsanspruch im Fall mit Unrecht erwirkter Staatshilfe und mit Unrecht geübter Selbsthilfe, so hat er ihn gegen den anderen als den Urheber, wie dieser, so auch jener. Hat er ihn gleichmäßig wegen seiner Schädigung durch jene Maßregel und durch das zu ihrer Abwendung von ihm Geleistete, so steht dieses mit jener auf einer Stufe als etwas vom anderen auf seine Kosten Erlangtes. Auch wenn der Grundsatz der Haftung des Staates für unrichtige, wenngleich pflichtmäßige Handlungen seiner Organe durchdränge, könnte doch nie die Rede davon sein, daß im Falle sich als ungerechtfertigt erweisender Arreste oder Zwangsvollstreckungen dem dadurch Geschädigten anstatt dessen, der sie erwirkt hat, der Staat haften würde.

IX. Die Lehre Degenkolbs und Wachs.

Nach Degenkolbs vor dreißig Jahren in seiner Schrift über Einlassungszwang und Urteilsnorm ausgeführter Auffassung hat ein Klagrecht nicht sowohl, wer in einer der Geltendmachung durch Klage fähigen Rechtslage sich befindet, als wer sich in einer solchen zu befinden glaubt[15]. Er und nur er darf diese Rechtslage als eine nach seiner Meinung bestehende durch Klage geltend machen und hat, wenn er dies tut, ein Recht gegen das Gericht darauf, zwar nicht, daß es seiner

15) In der ZZP. 28, 391 habe ich hervorgehoben, daß „ich eine Tatsache nicht mit gutem Gewissen behaupten kann, ohne anzunehmen, daß sie möglicherweise existiert", daß ich dagegen nicht, wie Degenkolb jetzt wieder sagt, ihrer gewiß sein muß, um sie mit gutem Gewissen behaupten zu können; kann ich doch gerade dadurch mir Gewißheit über ihre Existenz verschaffen wollen, daß ich sie behaupte und dadurch den Gegner veranlasse, sich über ihre Existenz zu äußern.

Klage stattgebe, aber daß es auf sie eingehe und über sie entscheide nach den dafür maßgebenden Normen sowohl des materiellen als des Prozeßrechts. So hat nach Degenkolb ein Klagrecht der redliche Kläger. Fragen wir aber zunächst, wann ein solcher vorliegt, so kann der Kläger doch nicht nur das geltend gemachte Recht zu haben oder nicht zu haben sich bestimmt bewußt sein, und er ist kein unredlicher Kläger, wenn er weder das eine noch das andere Bewußtsein hat. Gleich seiner Ueberzeugung von der Existenz des durch ihn geltend gemachten Rechts kann sodann auch seine gegenteilige Ueberzeugung unrichtig sein, und in diesem Falle ist seine Klage eine zwar unredliche, aber trotzdem begründete. Will ein Ehegatte den anderen los sein und glaubt er, dieser habe einen Ehebruch zwar nicht begangen, aber den Schein eines solchen unter Umständen auf sich geladen, die es ermöglichen, dem Gerichte die Ueberzeugung von seiner erfolgten Begehung beizubringen, so war, wenn seiner Annahme zuwider jener Ehebruch wirklich erfolgt war, seine Scheidungsklage berechtigt, obgleich er sie für unberechtigt hielt und daher ihre Erhebung eine unredliche war. Macht er ein Recht durch Klage geltend trotz seiner nicht nur bestehenden, sondern auch begründeten Meinung, daß es nicht existiert, so begeht er gegen den Beklagten ein Unrecht, für das er verantwortlich ist; die Rechtsgültigkeit seiner Klage und das ihr gegenüber dem Gerichte obliegende Verhalten wird aber dadurch nicht berührt. Würde dem Kläger das Gehör verweigert, das Degenkolb selbst als sein wichtigstes Recht bezeichnet, so wäre dadurch ihm nicht etwa deshalb kein Unrecht geschehen, weil er wider besseres Wissen geklagt hatte. Damit ist nicht gesagt, daß er nicht durch eine sowohl unbegründete als unredliche Klage ein Unrecht, wie gegen den Gegner, so auch gegen den Staat begangen habe, das ihn büßen zu lassen ganz am Platze wäre. Dieses Unrecht besteht

aber nicht darin, daß er das Recht auf ordnungsmäßige Behandlung und Erledigung seiner Klage als ein nicht existierendes geltend gemacht, sondern darin, daß er es mißbraucht hat. Wer sein Recht mißbraucht, übt es als ein bestehendes aus, aber zu einem anderen als dem Zwecke, um dessen willen es ihm zusteht. Wer seine Amtsgewalt mißbraucht, kann dafür verantwortlich sein, was aber nichts ändert an der Gültigkeit seiner Amtshandlung und den durch sie begründeten Pflichten anderer. Ebenso ändert der Umstand, daß eine Klage wider besseres Wissen erhoben ist, nichts an den durch ihre Erhebung begründeten Pflichten des Gerichts. Nicht als ein solcher, der an das von ihm geltend gemachte Recht glaubt, sondern als ein solcher, dem es möglicherweise zusteht, hat der Kläger ein Recht auf ordnungsmäßige Erledigung seiner Klage. Wäre er ein Mensch, dem jenes Recht nicht zustehen kann, so hätte er dieses Recht nicht. Er hat es durch seine im Wege der Klage vollzogene Behauptung jenes ihm möglicherweise zustehenden Rechts. Nicht seine Annahme, aber seine Behauptung einer der Behauptung durch Klage fähigen Rechtslage ist ein Erfordernis der Gültigkeit seiner Klage, und da dieses Erfordernis ein solches ist, dessen Erfüllung nicht der Klage vorher geht, sondern durch die Klage erfolgt, so ist das Recht des Klägers auf richterliche Entscheidung über die bestimmte Rechtslage als eine von ihm behauptete erst durch die Klage entstanden. In seiner neuen Schrift betont denn auch Degenkolb weniger das Recht der Klagerhebung als das Recht auf ordnungsmäßige Erledigung der erhobenen Klage [16]. In Wirklichkeit geht jenes in diesem auf,

---

16) Degenkolb spricht nicht von einem Recht auf diese überhaupt, sondern nur von einem Recht auf rechtliches Gehör und ordnungsmäßige Entscheidung. Aber auch in jedem anderen Punkte schuldet der Richter ein seiner Amtspflicht gemäßes Verhalten, wie dem Staat, so zugleich der daran interessierten Partei.

da es nichts anderes bedeutet als die Anwartschaft darauf, daß, wenn Klage erhoben wird, diese ihre ordnungsmäßige Erledigung finde. Sie schuldet dem Kläger der Staat oder der Richter als dessen Organ. Sie schuldet er aber ebenso dem Beklagten. Auf sie hat also sowohl die eine als die andere Partei ein Recht. Wie der Staat sie ihnen schuldet, so schuldet sie der Richter dem Staate. Würde, wie viele behaupten, keinem Menschen geschuldet, was dem Staat geschuldet wird, und von keinem Menschen geschuldet, was der Staat schuldet, so wäre dadurch, daß der Richter die ordnungsmäßige Erledigung der Klage aus keinem anderen Grunde schuldet als dem Grunde seiner Amtspflicht, jede Verpflichtung desselben gegen die Parteien ausgeschlossen. Ich schulde aber die gute Amtsführung, die ich dem Staate schulde, den an ihm beteiligten Menschen als Gegenständen meiner Fürsorge[17]. Solche sind für den Richter die Parteien, und wenn der Richter zu Ungunsten einer Partei von dem ihm durch seine Amtspflicht vorgeschriebenen Weg abweicht, so verletzt er seine Pflicht nicht nur gegen den Staat, sondern auch gegen jene Partei. Für seine Amtspflicht sind maßgebend alle von Rechts wegen sein Verhalten bestimmenden Gesetze. Es ist nicht richtig, wenn Degenkolb sagt (S. 50): „Die materiell-rechtlichen Normen kommen erst mittelbar in Betracht vermöge der auf sie verweisenden, d. h. ihre Beachtung fordernden Vorschrift des Prozeßrechts" (S. 50). Das Prozeßrecht gilt nur für den Prozeß; das materielle Recht gilt auch für diesen, soweit seine Geltung nicht durch jenes beschränkt ist, das ihm allerdings als Spezialrecht für den Prozeß vorgeht. Degenkolb wendet sich (S. 54) gegen die Annahme einer „bloß sekundären Natur des Prozesses", die doch schon dadurch gegeben ist, daß es keinen Prozeß gibt ohne

---

17) Vergl. darüber mein Buch über natürliche und juristische Personen 1905.

Klage, deren Erhebung im Belieben des Klägers steht. Sehr mit Recht betont aber Degenkolb „die aktuelle öffentlich-rechtliche Beziehung der Rechtsgenossen untereinander und zum Staat“ (S. 60), wodurch er der für die lebendige Erfassung des Prozesses verderblichen Annahme entgegentritt, als schlösse dessen Eigenschaft, ein staatliches Verfahren zu sein, gegenseitige rechtliche Beziehungen der als Parteien und als Staatsorgane am Prozesse beteiligten Menschen aus.

Von meinem Klagrecht sagt Degenkolb mit Unrecht, es sei „innerlich prozeßrechtlich, wenn auch nur negativ bedingt“ (S. 80). Er scheint anzunehmen, daß nach meiner Ansicht das Klagrecht nicht existierte, wenn der Kläger aus prozeßrechtlichen Gründen durchfiel. Dann müßte ich auch dessen Existenz im umgekehrten Fall seines Sieges aus prozeßrechtlichen Gründen annehmen, während ich gerade betone, daß seine Existenz nicht für den Ausgang des Prozesses, aber auch nicht dessen Ausgang dafür entscheidend ist, ob es existiert hat. Wenn Degenkolb sagt: „mir scheint, die Bedingung sei positiv zu fassen, richtiger, sie ist in ausdrückliche Abstraktion von der Prozeßlage und den aus ihr sowie aus der prozeßrechtlichen Stellung des Richters sich ergebenden Konsequenzen umzusetzen“ (S. 81), so habe ich diese Abstraktion vollzogen, die aber nicht sowohl eine positive Fassung als eine Verneinung der prozeßrechtlichen Bedingtheit des Klagrechts bedeutet. Die Erfordernisse rechtsgültiger Klage hängen mit ihm dadurch zusammen, daß es die Rechtslage ist, die durch die Klage geltend gemacht werden kann, also diese, um rechtsgültig zu sein, die Existenz eines solchen behaupten muß. Es gibt aber nicht ein prozessuales Klagrecht neben dem materiellen, da die Möglichkeit rechtsgültiger Klage kein Recht ist und das durch ihre Erhebung begründete Recht auf ihre ordnungsmäßige Erledigung sich nicht als Klagrecht bezeichnen läßt. Der Inhalt dieses

sowohl dem Kläger als dem Beklagten zustehenden Rechts oder des ihnen vom Richter geschuldeten Verhaltens ist nicht von vornherein bestimmt, sondern bestimmt sich während des Prozesses durch ihr beiderseitiges Verhalten. Mit vollem Rechte sagt daher Bülow (ZZP. 31, 195 ff.), daß es vor dem Schlusse der Verhandlung eine Pflicht des Richters zu einer bestimmten Entscheidung oder, was dasselbe ist, ein Recht einer Partei auf eine solche nicht geben könne. Wenn Wach (ZZP. 32, 10) entgegnet, das Verhandlungsergebnis habe „lediglich den Zweck, die Evidenz zu schaffen über das durch Rechtsanwendung festzustellende, vom außerprozessualen Tatbestand abhängige klägerische Recht", so kann doch nicht geleugnet werden, daß die Verhandlung diese Evidenz keineswegs immer schaffen kann, daß auch in solchen Fällen eine Entscheidung zu ergehen hat, und daß ihre Normierung des bestimmten Verhältnisses unabhängig davon zu Recht besteht, ob sie dessen bisheriger Normierung gemäß ist[18]).

Den Ausführungen Wachs ist neuerdings wieder entgegengetreten Kohler, ZZP. 33, 211 ff. Von einem Klagrechte will er nicht geredet wissen, erkennt es aber tatsächlich dadurch an, daß er eine „Lehre von den Klagbarkeitsvoraussetzungen" annimmt (S. 231). Er sagt freilich, das Verhältnis sei „ein vollkommen zivilrechtliches". Es handelt sich aber dabei doch um die Eigenschaft des Privatrechtsverhält-

---

18) Wach nennt mich (S. 2 Note 1) unter seinen Anhängern. Ich habe aber schon in der ZZP. 29, 59 ausgeführt, ein Anspruch auf Rechtsschutz bestehe „nur im Sinne einer Anwartschaft, die durch Anrufung staatlicher Organe geltend gemacht wird und deren Verwirklichung abhängt von den für die Tätigkeit dieser Organe maßgebenden Normen, dagegen nicht im Sinne der den Organen des Staates obliegenden Verpflichtung zu seiner Befriedigung; können doch diese in Gemäßheit der für ihre Tätigkeit maßgebenden Normen sowohl bestehende Rechtsansprüche aberkennen, als nicht bestehende anerkennen müssen."

nisses, Gegenstand der Geltendmachung durch Klage zu sein, die teils durch eine bestimmte Beschaffenheit desselben als eines solchen, das zum Verlangen einer dem Berechtigten nicht durch eigene Tat möglichen Aenderung befugt, teils dadurch bedingt ist, daß die Gefahr zukünftiger Existenz eines ihm nicht gemäßen Zustandes das Interesse an seiner alsbaldigen Feststellung begründet. Es ist ein wesentliches Verdienst Wachs, in seiner Schrift über den Feststellungsanspruch gezeigt zu haben, daß die Zulassung der generellen Feststellungsklage durch die ZPO. (bestimmte Fälle derselben kannte schon das bisherige Recht) eine wesentliche Erweiterung des gerichtlichen Privatrechtsschutzes war und daß bei ihr dem Feststellungsinteresse die Eigenschaft einer Klagvoraussetzung in derselben Weise zukommt wie dem (positiven oder negativen) Verhältnisse, dessen Feststellung sie verlangt. Es hat auch seine Ersetzung der Bezeichnung des Klagrechts durch die Bezeichnung des Rechtsschutzanspruchs das Verdienst, darauf hinzuweisen, daß es dasselbe Recht ist, das, wie durch die Klage, so durch die Zwangsvollstreckung geltend gemacht wird. Hat aber diese Bezeichnung vor jener den Vorzug der größeren Weite, so führt sie nach einer anderen Richtung leicht irre. Als Urheber des Rechtsschutzes, auf den der Anspruch geht, ist gedacht der Staat oder seine Organe. Gegen sie kann dem einzelnen Rechtsgenossen ein Anspruch nicht zustehen als ein solcher, den er durch eigene Tat durchzusetzen vermöchte, sondern nur als ein solcher, dessen Befriedigung sie kraft ihrer Amtspflicht dem Staate und damit dem bestimmten Menschen als einem Gegenstande ihrer amtlichen Fürsorge schulden. Besteht ein Anspruch dieser Art, so schulden die zuständigen Staatsorgane seine Befriedigung von Amts wegen. So ist einem Hilflosen die von Rechts wegen ihm gebührende Hilfe bestimmter Staatsorgane nicht nur auf sein Verlangen, sondern namentlich auch dann zu gewähren,

wenn er dieses nicht erheben kann. Anders verhält sich der Zivilrichter zum Privatrechtsschutze. Dieser ist grundsätzlich Selbstschutz. Der Richter wird in dessen Dienst nicht tätig ohne seine Anrufung und auch nach ihr nur nach Maßgabe der ihm gestellten Anträge und der ihm vorgetragenen Tatsachen. Er kann nur angerufen werden gegenüber einer bestimmten Person, und das Klagrecht ist die zu seiner Anrufung gegenüber einer solchen berechtigende Eigenschaft eines Privatrechtsverhältnisses, entweder ihr gegenüber zum Verlangen eines bestimmten Erfolges zu berechtigen oder durch sie bezüglich der zukünftigen Existenz des ihm gemäßen Zustandes gefährdet zu sein.

X. Der Sicherungszweck der Rechtskraft.

Es gibt zweierlei Klagrechte und zweierlei sie geltend machende Klagen. Die Bezeichnung der Bewirkungsklage, die man aufgebracht hat für die ein sog. konstitutives Urteil verlangende Klage, ist insofern nicht bezeichnend, als sie ebenso gut für die Leistungsklage paßt. Jene und diese sind zwei Arten der Bewirkungsklage im weiteren Sinne. Sie sind nicht toto genere verschieden, wie schon der Umstand zeigt, daß die durch diese verlangte Verurteilung in die durch jene verlangte richterliche Rechtsänderung übergeben kann. Spezifisch voneinander verschieden sind sie nicht durch den bezweckten Erfolg, sondern durch seinen Eintritt als einen solchen, zu dem das Urteil in den einen Fällen erforderlich ist und genügt, in den anderen weder genügt noch erforderlich ist. Den Bewirkungsklagen stehen die sog. Feststellungsklagen gegenüber als bloße Sicherungsklagen. Während die Feststellungsklage ausschließlich dem Zwecke der Sicherung dient, so dient ihm bei jeder Klage die Rechtskraft des Urteils. Sie dient ihm von Rechts wegen unabhängig vom Willen der Parteien als Sicherung jeder Partei gegen die Erneuerung des entschiedenen Rechts-

streites und Sicherung des Siegers gegen die Gefahr zukünftiger Existenz eines dem Urteil nicht gemäßen Zustandes. Ein Interesse an dieser Sicherung haben sowohl die Parteien als der Staat, der ein Interesse zwar nicht daran hat, daß es zu Zivilprozessen und ihrer Entscheidung komme, aber daran, daß, wenn es dazu gekommen ist, es bei der getroffenen Entscheidung sein Bewenden habe. Gleich dem Eintritte ist der Umfang der Rechtskraft unabhängig vom Willen der Parteien; denn es hängt nicht von diesem ab, was einen verschiedenen Umfang der Rechtskraft begründet, ob die Klage abgewiesen wird, weil für den Richter nicht existiert die ganze behauptete Forderung oder ihre Fälligkeit, das Eigentum des Klägers oder der Besitz des Beklagten, das Objekt der verlangten Feststellung oder ein rechtliches Interesse an ihr.

Die Eigenschaft der Rechtskraft, der siegreichen Partei das Bestehen des dem Urteil gemäßen Zustandes zu sichern, nennt Otto Mayer (ArchOeffR. Bd. 21) das Recht am Urteil, das die Partei, die das Urteil erwirkt habe, geltend mache durch die Geltendmachung seiner Rechtskraft. Doch steht deren Geltendmachung nicht nur der Partei zu, die das Urteil erwirkt hat. Sie steht gegen eine Erneuerung der Klage auch zu dem unterlegenen Beklagten; sie steht auch zu dem Beklagten, der am Prozeß nicht mitgewirkt hat; und sie macht nicht sowohl geltend das Recht am Urteil als die Unzulässigkeit abermaliger Entscheidung über das, worüber rechtskräftig entschieden ist. Auf sein Recht am Urteil oder die durch dieses geschaffene Rechtslage kann der Sieger verzichten, soweit deren Natur es zuläßt. Wenn aber vor dem Urteil die Existenz jener Rechtslage zweifelhaft war, so kann sie nicht wieder zweifelhaft werden durch den Verzicht des Siegers, durch den nicht „Abänderung und Aufhebung des Urteils zulässig“ (Mayer a. a. O. S. 35), sondern die durch dieses geschaffene Rechtslage aufgehoben wird. Erklärt Mayer, es hätte keinen

Sinn, ein Klagrecht als Recht auf Urteil, dagegen kein Recht am Urteil anzunehmen, so nehmen wir weder das eine noch das andere an, da uns sowohl das Klagrecht als das durch das Urteil gegebene Recht ein Recht gegenüber der anderen Partei ist. Der relativen durch das Recht am Urteil gegebenen Rechtskraft setzt Mayer entgegen die absolute, die bezwecke, „das Ansehen des Richteramts vor zwiefacher Rechtsprechung zu schützen" (S. 40), in erster Linie Amtsbefugnisse regle (S. 33 Note 47) und die im öffentlichen Interesse für das Gericht in Anspruch genommene Unfehlbarkeit zum Ausdruck bringe (S. 43). Die Unzulässigkeit abermaliger Entscheidung besteht aber im Interesse nicht nur des Staates, sondern auch der Parteien. Sie bedeutet, da keine Entscheidung ohne Klage erfolgt, vor allem die Unzulässigkeit erneuter Klage, regelt also nicht in erster Linie Amtsbefugnisse. Sie bezweckt nicht ausschließlich die Gefahr der Abwendung widersprechender Entscheidungen, und der Gedanke, für den Richter Unfehlbarkeit in Anspruch zu nehmen (durch die er, wenn er sie hätte, wieder zur gleichen Entscheidung kommen müßte), ist unserem Rechte schon deshalb fremd, weil selbst da, wo er die Sachlage wirklich kennt, seine Kenntnis derselben keineswegs immer für seine Entscheidung maßgebend ist.

XI. Das Klagrecht als klagbare Rechtslage. — Die Verjährung. — Die dingliche Klage.

Man hat viel darüber gestritten, ob das Klagrecht ein Bestandteil oder ein Zusatz des durch die Klage geltend gemachten Privatrechts oder dieses selbst in einer bestimmten Phase seines Daseins sei. Ich habe es (Pand. S. 323) bezeichnet als „eine öffentlich-rechtliche Ergänzung desselben" oder als die neben der privatrechtlichen Forderung „gegen den Staat dem Berechtigten zustehende Forderung des Rechtsschutzes, ohne

welche die Existenz jener eine unvollkommene ist" (a. a. O. S. 327). Ich habe mich damit der Wachschen Theorie des Rechtsschutzanspruchs angeschlossen, von dem ich (KrVJSchr. 32 S. 365) bemerkt hatte, daß er richtiger nicht mit Wach als Anspruch gegen den Staat und den Gegner, sondern (wie jetzt von Hellwig und Stein) ausschließlich als Anspruch gegen den Staat gefaßt werde. Ich bin aber seit Jahren (zuerst in der ZZP. 29 S. 50 ff.) für die Eigenschaft des Klagrechts als eines Rechts gegen den der Klage Ausgesetzten eingetreten. Gegen den Staat oder seine Organe habe ich Rechte als Objekt mir geschuldeter Fürsorge derselben, und ein solches Recht hat dem Gericht gegenüber von der Erhebung der Klage an gleich dem Kläger der Beklagte. Ein Klagrecht habe ich durch eine bestimmte rechtliche Position gegenüber einem bestimmten Gegner. Es bedeutet eine Verstärkung meiner rechtlichen Position ihm gegenüber, die ihr zu teil wird wegen einer ihr eigenen Schwäche, die entweder darin besteht, daß es mir ihm gegenüber nicht zusteht oder nicht möglich ist, durch eigene Tat den ihr gemäßen Zustand herzustellen, oder darin, daß durch ihn die zukünftige Existenz des ihr gemäßen Zustands gefährdet ist. Ihre Verstärkung durch die Möglichkeit, sie im Wege der Klage geltend zu machen, besteht nicht neben ihr als ein von ihr unabhängiges Recht. Der Privatrechtsanspruch, der sonst für seine Befriedigung auf die freiwillige Tat des Verpflichteten angewiesen wäre, ist verstärkt durch die Möglichkeit, diesen zu belangen; als ein dadurch verstärkter ist er ein Klagrecht, aber nicht ausschließlich ein solches, was von einem nur durch Klage realisierbaren Rechte gilt. Auch das Feststellungsklagrecht existiert nicht unabhängig von dem Verhältnisse, dessen Feststellung kraft desselben verlangt werden kann. Es ist eine Verstärkung dieses Verhältnisses wegen einer Schwäche, die im Gegensatze zu anderen klagbaren Rechten

nicht schon durch seine Existenz, sondern durch einen besonderen zu ihr hinzukommenden Umstand ihm eigen ist. Um der durch diesen gegebenen Schwäche der konkreten Rechtsposition willen wird ihr die Verstärkung zu teil, daß sie klagbar ist. Wie das Leistungsklagrecht identisch ist mit dem bestimmten Anspruche als einem klagbaren, so ist das Recht, auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechts des anderen klagen zu können, identisch damit, daß ihm der Kläger als ein von der entsprechenden Beschränkung freier gegenübersteht und dieses Stück seiner rechtlichen Freiheit durch Klage geltend machen kann. Hellwig sagt (Klagrecht S. 20 Note 9) „Verwunderlich erscheint es mir, daß der Verfasser einer Monographie über die Feststellungsklage (Weismann) dieses Gestaltungsrecht als ein an ein vorhandenes Rechtsverhältnis geknüpftes Recht bezeichnet. Wo ist denn jenes Verhältnis bei der negativen Feststellungsklage?" Wie aber jede Position zugleich eine Negation, so ist jede Negation zugleich eine Position. Nicht nur, daß ich einem anderen etwas schulde, sondern auch, daß ich es ihm nicht schulde, bedeutet eine bestimmte mir ihm gegenüber zukommende Rechtsposition.

Seine Klagbarkeit hat verschiedene Bedeutung für ein Forderungsrecht und für ein anderes Recht. Für das Forderungsrecht ist regelmäßig die Möglichkeit seiner Geltendmachung durch Klage die einzige Möglichkeit seiner von fremdem Willen unabhängigen Realisierung[19]). Und die Unmöglichkeit, es der bestimmten Person gegenüber geltend zu machen, bedeutet, da es nur sie verpflichtet, die Unmöglichkeit seiner von ihrem Willen unabhängigen Realisierung. Daher ist nicht nur das Forde-

19) Von der Realisierung eines Rechts zu sprechen, anstatt von der Realisierung des ihm gemäßen Zustandes, ist ein ungenauer, aber unentbehrlicher Sprachgebrauch.

rungsrecht durch seine Aberkennung erloschen, weil deren Rechtskraft nicht weniger weit reicht als seine Verpflichtungskraft, sondern auch das von vornherein oder durch seine eingetretene Verjährung nicht klagbare Forderungsrecht fast ohne jede Geltung. Auch andere Rechte werden in ihrer Existenz oder Geltung (was dasselbe ist) beschränkt durch die Unmöglichkeit, sie im Wege der Klage gegen eine bestimmte Person geltend zu machen; diese Unmöglichkeit läßt ihnen aber jede Geltung, die entweder unabhängig ist von ihrer Geltendmachung durch Klage oder geltend gemacht wird durch Klage gegen Dritte. Gleich der Abweisung der Eigentumsklage läßt deren Verjährung das Eigentum nicht unangetastet, beschränkt es vielmehr empfindlich durch den Wegfall des Klagrechts gegenüber dem damaligen Besitzer und seinen Rechtsnachfolgern; aber sie läßt ihm die Geltung nicht nur gleich jener gegen Dritte, sondern auch, soweit es zu ihrer Geltendmachung der Klage nicht bedarf, gegen die Personen, zu deren Gunsten die Verjährung eingetreten ist. Haben wir beim Forderungsrechte zu unterscheiden seine Klagbarkeit und die geringe auch ohne sie ihm zukommende Geltung, so ist bei anderen Rechten nicht nur diese größer, sondern auch, was ihnen durch Verjährung entzogen wird, nur die Klagbarkeit gegenüber bestimmten Personen. Die Verjährung ergreift aber nicht etwa nur den bestimmten durch sie aufgehobenen Restitutionsanspruch. Ich bin der zu meinen Gunsten verjährten Eigentumsklage nicht wieder ausgesetzt, wenn ich den Besitz nachher verloren und dann wieder erworben habe. Und die zu meinen Gunsten abgelaufene Verjährungszeit kommt meinem Rechtsnachfolger im Besitz zu gute, obgleich der durch seinen Besitz begründete Restitutionsanspruch gegen ihn ein anderer ist als der bisher durch meinen Besitz begründete Restitutionsanspruch gegen mich. Durch die Verjährung der ding-

lichen Klage erlischt nicht nur der bisher gegen den Besitzer begründete Anspruch, sondern wird auch ausgeschlossen die Entstehung neuer Ansprüche gegen ihn und seine Rechtsnachfolger im Besitze. Und diesen Personen gegenüber ist ausgeschlossen nicht nur jeder fernere Restitutionsanspruch aus dem Eigentum, sondern überhaupt dessen fernere Geltendmachung durch Klage. Man streitet darüber, ob ein verjährtes Recht noch durch Feststellungsklage geltend gemacht werden kann. Ist aber einem ihm nicht gemäßen Zustand gegenüber durch dessen Dauer das Recht erloschen, dessen Beseitigung durchzusetzen, so kann um so weniger davon die Rede sein, daß es noch geltend gemacht werden könnte, um die Gefahr zukünftiger Existenz eines solchen Zustandes abzuwenden, wogegen es keine Verjährung der einmal begründeten Feststellungsklage gibt, da die Verjährung die Existenz des Zustandes erfordert, dessen zukünftige Existenz die Feststellungsklage abzuwenden bezweckt.

Gleich dem dinglichen Rechte, das wegen eingetretener Verjährung bestimmten Personen gegenüber nicht mehr durch Klage geltend gemacht werden kann, ist auch die verjährte Forderung nicht ganz erloschen. Und auch in Anwendung auf sie ist der Ausschluß des Klagrechts, das ohne die eingetretene Verjährung durch ihre Existenz gegeben wäre, nicht ausschließlich eine Aufhebung eines bereits bestehenden Klagrechts. Die Verjährung geht seiner Entstehung vorher und schließt sie aus in den Fällen des § 199 Satz 2 und § 200. Gegenstand der Verjährung ist das Klagrecht als ein durch sie ausgeschlossenes, was es sein kann als ein wegen ihres Eintritts nicht mehr existierendes oder wegen ihres Eintritts nicht zur Existenz gelangtes. Unrichtig ist die Annahme, daß es trotz der Verjährung bestehe, weil sie dem Beklagten nur eine Einrede gewähre. Bedeutet das Klagrecht, daß die Klage durchdringen

wird, falls die wirklich existierende Rechtslage für den Richter existiert, so gehört zu dieser auch die Wirkung der eingetretenen Verjährung, wofür es keinen Unterschied macht, daß der Richter sie nur zu beachten hat als eine vom Beklagten geltend gemachte. Sowohl auf ihre Eigenschaft, der Klage, aber nicht auch jeder anderen Geltendmachung des bestimmten Rechts gegen die bestimmte Person entgegenzustehen, als auf ihre Eigenschaft, durch Klage und ähnliches Vorgehen, aber nicht durch private Geltendmachung des bestimmten Rechts unterbrochen zu werden, weist hin der alte Name der Klagenverjährung.

In ihrem Bestreben, von Klagen überhaupt nicht zu reden, haben die Verfasser des BGB. den hergebrachten Namen der dinglichen Klage durch den von Windscheid aufgebrachten Namen des dinglichen Anspruchs ersetzt. Was soll aber ein dinglicher Anspruch sein? Unstreitig bedeutet seine Dinglichkeit einen Gegensatz zu anderen lediglich persönlichen Ansprüchen und ist mit dieser Unterscheidung gemeint die hergebrachte Unterscheidung der dinglichen und persönlichen Klagen. Jene machen geltend ein dingliches Recht im weiteren Sinne einer nicht nur bestimmte Personen verpflichtenden Rechtslage. Meiner Auffassung, daß die dingliche Klage in Verbindung mit einer Leistungspflicht des Beklagten die sie begründende, auch Dritte verpflichtende Rechtslage geltend mache, hält Wendt (ArchCivPrax. 100, 405) entgegen, daß „ein Anspruch niemals für sich allein und als solcher geltend gemacht werden kann". Gewiß kann ein Anspruch nur geltend gemacht werden als ein aus einem bestimmten Grunde bestehender. Er ist aber auch nur als ein solcher ein bestimmter Anspruch (vergl. ArchCivPrax. 93, 15 ff.). Ist derselbe Erfolg aus verschiedenen Gründen geschuldet, so bestehen verschiedene miteinander konkurrierende

Ansprüche. Ein bestimmtes Schuldverhältnis kann mit einem bestimmten Anspruche zusammenfallen, der dann unstreitig durch das Verlangen der Leistung „für sich allein und als solcher" geltend gemacht wird. Ist es umfassender als der bestimmte durch die Klage geltend gemachte Anspruch, so macht sie es als dessen Grund geltend, aber auch nur als solchen, so daß der Richter zwar den Anspruch nicht zuerkennen kann, ohne daß für ihn das Schuldverhältnis existiert, aber seine Entscheidung sich auf jenen beschränkt[20]). So erstreckt sich die Entscheidung über einen Zinsanspruch auch dann, wenn sie ihn zuerkennt, nicht auf die Kapitalforderung, wenngleich der Richter jenen nicht zuerkennen kann, ohne daß für ihn diese existiert. Ebenso erstreckt sich die Entscheidung über die einen Teil einer Forderung geltend machende Klage auch als Abweisung derselben nicht auf die ganze Forderung, wenngleich sie nicht erfolgen konnte, ohne daß diese für den Richter nicht existierte. Dasselbe gilt von der Entscheidung über einen auf ein dingliches Recht sich gründenden persönlichen Anspruch. Nach Wendt (S. 410) hat die Deliktsforderung eines geschädigten Eigentümers „durchaus das Eigentum des Klägers zur Voraussetzung und zum Gegenstand der Entscheidung". Es ist aber nicht nur die Entscheidung über den Deliktsanspruch keine Entscheidung über das Eigentum, sondern es bezieht sich auch die für seine Zuerkennung erforderliche Annahme des Eigentums nicht auf dessen gegenwärtige Existenz, sondern auf dessen Existenz zur Zeit des Delikts. Diese Verschiedenheit eines durch seine frühere und eines durch seine gegenwärtige Existenz den

20) Wie die Geltendmachung eines Anspruchs auch eine Geltendmachung seines Grundes ist, so ist die Entscheidung über jenen notwendig auch eine Entscheidung über diesen, aber nur über seine Eigenschaft als Grund jenes Anspruchs und nicht über seine sonstige Existenz.

geltend gemachten Anspruch begründenden Verhältnisses übersieht Wendt auch, wenn er die durch das Halten eines Tieres zur Zeit seines schädigenden Verhaltens begründete Haftung mit der durch den gegenwärtigen Besitz einer Sache gegebenen parallelisiert (S. 412). Und sowohl diese Verschiedenheit als die Verschiedenheit der verlangten und ergehenden Entscheidung verkennt er, wenn er sagt, „daß die Deliktsobligationen, soweit es sich um die Verletzung des Eigentums handelt, auch ihrerseits als Ansprüche aus dem Eigentum sich darstellen". „Schon damit", meint er, „verschiebt sich die scharfe Scheidung zwischen Deliktsobligationen und Eigentumsanspruch" (S. 410). Sie würde aber dadurch nicht nur sich verschieben, sondern wegfallen.

Während Wendt auch die Erhebung des persönlichen Anspruchs das ihn begründende dingliche Rechtsverhältnis geltend machen läßt, so lassen andere auch die Erhebung des dinglichen Anspruchs es nicht geltend machen [21]). Und allerdings macht sie es nicht schlechthin geltend. Wird der Anspruch aberkannt, weil ein in der Person des Beklagten begründetes Erfordernis seiner Existenz fehlt, so ist er aberkannt ohne Entscheidung über jenes. Anders aber, wenn er aberkannt wird, weil das dingliche Rechtsverhältnis fehlt. Seine Erhebung macht es nicht für sich geltend. Sie macht aber geltend das Zusammentreffen der

---

21) Diese Ansicht ist nicht nur in der Literatur vertreten, sondern auch in den Motiven zum ersten Entwurf 1, 396, deren Auffassung aber hier, wie sonst, nicht maßgebend ist. Ebensowenig ist entscheidend das Schweigen des Gesetzes über die Geltendmachung des dinglichen Rechts durch die dingliche Klage, dem Bedeutung nur zukommen könnte bezüglich einer Frage, deren Entscheidung durch dieses Gesetz erfolgen mußte und daher auch durch sein Schweigen in bestimmtem Sinne erfolgt ist. Hier wie überall ist nicht ohne entscheidende Gründe eine Aenderung des bisherigen Rechts anzunehmen.

zwei für die Existenz des Anspruchs geltenden Erfordernisse, daß dem Kläger das bestimmte Recht zukommt und daß er es dem Beklagten gegenüber nicht ohne verbotene Eigenmacht durch eigene Tat realisieren kann. Nicht deshalb geht, wie Wendt wieder annimmt (S. 409), die Eigentumsklage gegen den Besitzer, weil er das Eigentum verletzt hat, was keineswegs notwendig der Fall ist, sondern deshalb ist der Eigentümer darauf angewiesen, ihm die Sache abzufordern, weil er trotz seines Eigentums sie ihm nicht wegnehmen darf. Das Recht, kraft dessen er sie ihm abfordert, ist nicht, wie das Recht, kraft dessen er Ersatz für die Beschädigung oder Zerstörung seiner Sache fordert, ein auf das Eigentum gegründetes Forderungsrecht, sondern jenes selbst[22]). Für sich begründet es gegen niemand einen Anspruch; aber sein Zusammentreffen mit dem Besitze des Beklagten begründet den Anspruch auf dessen Abtretung. Durch dessen Abforderung wird der Herrschaft des Besitzers über die Sache gegenüber geltend gemacht die Herrschaft des Klägers als eine solche, die jener vorgeht. Behauptet der Beklagte, trotz des Eigentums des Klägers zum Besitze berechtigt zu sein, so macht dieser dadurch, daß er die Klage festhält, neben seinem Eigentum die Abwesenheit jenes Rechts geltend.

Entschiede das Urteil ausschließlich über den durch das gegenwärtige Zusammentreffen des Eigentums mit dem Besitze des Beklagten gegebenen Restitutionsanspruch, so könnte sich auf

---

22) Wie ich (ArchCivPrax. 93, 28) betont habe, daß das Recht auf den Besitz der Hauptinhalt des Eigentums ist, so auch Brinz, Pand.[2] 1, 472 ff. Ihn und damit die ganze Existenz des Eigentums macht der Eigentümer geltend, wenn er kraft desselben die Abtretung des Besitzes fordert. Der Anspruch auf sie tritt nicht, wie Hellwig (Anspruch und Klagrecht S. 31) sagt, „neben das seinem positiven Inhalte nach ganz andersartige dingliche 'Recht".

dasselbe weder der siegreiche Kläger berufen, wenn die Sache von neuem in den Besitz des Beklagten käme, noch der siegreiche Beklagte, wenn der von ihm verlorene und wieder erlangte Besitz ihm von neuem abverlangt würde. Wendet sich die Klage gegen eine nicht durch fremden Besitz gegebene Beeinträchtigung des Eigentums, so macht sie nicht dieses, aber die Abwesenheit einer bestimmten Beschränkung desselben geltend. Entschiede hier und im Fall der kraft eines Rechts an fremder Sache erhobenen dinglichen Klage das Urteil ausschließlich über den erhobenen Restitutionsanspruch, so könnte im Fall der verlangten Beseitigung einer das Recht des Klägers beeinträchtigenden Anlage nach ihrer erfolgten Beseitigung und Wiederherstellung weder der siegreiche Kläger für das Verlangen ihrer abermaligen Beseitigung, noch der siegreiche Beklagte diesem Verlangen gegenüber sich auf das Urteil berufen.

Mit Unrecht nennt Seuffert (Komm. zu § 322) als Gewährsmann dafür, daß die Entscheidung über die Eigentumsklage keine Entscheidung über das Eigentum sei, O. Fischer (IheringsJ. 40, 161), der dies vielmehr von der Servitutenklage und der Eigentumsfreiheitsklage sagt, während er als selbstverständlich annimmt, daß die Entscheidung über sie eine Entscheidung über die durch sie geltend gemachte Servitut oder Freiheit des Eigentums von seiner Beschränkung durch eine solche ist (S. 160). Nach Dernburg (BR. Bd. 3 § 118) führt „die ordentliche Eigentumsklage nicht mehr, wie dies im bisherigen Rechte der Fall war, zu einer rechtskräftigen Feststellung des Eigentums des Klägers“, und „besteht ohne weiteres ein rechtliches Interesse daran, die Feststellungsklage mit der ordentlichen Eigentumsklage zu verbinden“. Kann aber eine Klage „die ordentliche Eigentumsklage“ und doch unfähig sein, eine Entscheidung über das Eigentum herbei-

zuführen? Und besteht nicht in ihrem Fall das Interesse an der Feststellung des Eigentums so sehr „ohne weiteres", daß ihre Erhebung zugleich eine Geltendmachung jenes Interesses ist? Wer von einem anderen den Besitz einer Sache erlangen will, dem ist es nicht nur darum zu tun, ihn jetzt zu bekommen, sondern auch darum, ihn dann dem anderen gegenüber behalten zu dürfen. Verlangt er ihn dem anderen ab kraft eines Rechts an der Sache, so macht er es geltend als ein solches, vermöge dessen der andere nicht nur nicht berechtigt ist, ihn zu behalten, sondern auch nicht berechtigt ist, ihn, nachdem er ihn abgetreten hat, wieder für sich zu verlangen kraft eines durch die Zuerkennung jenes Rechtes aberkannten Rechts.

Ebenso schließt die verlangte und erlangte Entscheidung über die Freiheit meines Eigentums als eine solche, kraft welcher ich die Beseitigung ihrer Beeinträchtigung mit Recht verlangt habe, in sich die Entscheidung über ihre Existenz als einer solchen, der jene Beeinträchtigung auch als eine später von neuem stattfindende zuwiderläuft. Bestimmt das Gesetz noch besonders (§ 1004), daß ich im Fall zu besorgender weiterer Beeinträchtigung auf Unterlassung klagen kann, so bestimmt es, daß ich für diesen Fall dem Beklagten seine Unterlassungspflicht noch besonders einschärfen lassen kann durch die Androhung der in § 890 ZPO. vorgesehenen Folgen der Zuwiderhandlung.

Wie der dingliche Anspruch des BGB. die dingliche Klage, so gibt sein Eigentumsanspruch die Eigentumsklage des gemeinen Rechts mit einer durch die grundsätzliche Vermeidung des Namens der Klage verursachten Aenderung wieder. Ihrer Auffassung als einer das Eigentum geltend machenden Klage entspricht seine Auffassung als eines solchen

dessen Erhebung das Eigentum geltend macht. In der Titelrubrik des Gesetzes wurde der „Eigentumsanspruch" des Entwurfs in „Ansprüche aus dem Eigentum" verwandelt; doch umfaßt der Titel keineswegs alle auf Eigentum beruhenden Ansprüche. Unter die Bezeichnung der Eigentumsklage subsumierte man auch die Eigentumsfreiheitsklage, jedoch so, daß man unter der Eigentumsklage im engeren Sinne die Klage gegen den Besitzer verstand. Genau so versteht auch das Gesetz unter dem Eigentumsanspruch den Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer, dem es nicht etwa beliebige andere sich auf Eigentum gründende Ansprüche, sondern den Anspruch auf Beseitigung einer nicht durch Besitz des Beklagten gegebenen Beeinträchtigung des Eigentums zur Seite stellt. Durch dessen Erhebung wird geltend gemacht die Freiheit des Eigentums von einer bestimmten Beschränkung. Würde § 1004 einen Anspruch meinen, dessen Erhebung nicht diese geltend macht, sondern seinem Wortlaute gemäß ausschließlich die Beseitigung einer Beeinträchtigung des Eigentums vom Störer verlangt, so würde darunter auch die Verfolgung eines das Eigentum schädigenden Deliktes fallen.

Anstatt von vielen und verschiedenartigen sich auf Eigentum gründenden Ansprüchen kann man, wie das Gesetz in § 292, 347, 939, 941, 2022 und 2223, von dem Eigentumsanspruch als einem Anspruch nur reden, wenn man damit meint den Anspruch, durch dessen Erhebung das Eigentum geltend gemacht wird, so daß hier mit der Erhebung eines Anspruchs im Sinne des § 194 BGB. die Geltendmachung des ihn begründenden Eigentums sich verbindet. Dasselbe gilt vom Erbschaftsanspruch. Auch von ihm könnte nicht als einem Anspruche die Rede sein, wenn damit gemeint wäre ein sich auf Erbschaft gründender Anspruch. Er ist vielmehr

der Anspruch, durch dessen Erhebung geltend gemacht wird, daß die Erbschaft dem Kläger zukommt. Auch er ist ein Restitutionsanspruch. Daß er nicht erhoben wird ohne Geltendmachung der Erbfolge als einer dem Kläger zukommenden, zeigt sich für ihn besonders deutlich sowohl durch seinen Inhalt als dadurch, daß er nur erhoben werden kann gegen einen Erbschaftsprätendenten. Durch ihn wird jede Restitution verlangt, die der Beklagte dem Kläger deshalb schuldet, weil nicht jener, sondern dieser Erbe ist, so daß die Einheit des Anspruchs nicht gegeben ist durch das Objekt, sondern lediglich durch den Grund der verlangten Restitution, und doch sollte über diesen Punkt, auf dem allein die Einheit des Anspruchs beruht, seine Geltendmachung keine Entscheidung herbeiführen? Und was hätte es für einen Sinn, daß nach dem BGB. der Anspruch ausschließlich gegen einen Erbschaftsprätendenten geht, wenn seine Erhebung nicht die Erbfolge des Klägers und den durch sie gegebenen Ausschluß der Erbfolge des Beklagten geltend machen würde?

Ganz konsequent verneint Hellwig dem Gesetze zuwider die Existenz eines eigenen Erbschaftsanspruchs. Dieser existiert als Gegenstand, wie einer eigenen Geltendmachung, so auch einer eigenen Verjährung. Hat ein Erbschaftsprätendent zu verschiedenen Zeiten etwas aus der Erbschaft erlangt, so schuldet er auch bezüglich des später Erlangten die Restitution nicht mehr, wenn seit seiner Erlangung des zuerst von ihm Erlangten die Verjährungszeit verstrichen ist. Wäre die Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs nur eine vereinigte Geltendmachung der verschiedenen dem Erben zustehenden Restitutionsansprüche, so wäre auch für ihre vereinigte Geltendmachung maßgebend, was nach der Natur eines jeden für seine vereinzelte Geltendmachung gelten würde. In Wirklichkeit gelten nach § 2029

auch für ihre vereinzelte Geltendmachung die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch. Er verhält sich nicht zu ihnen als ihre Summe, sondern sie verhalten sich zu ihm als Teilansprüche, durch deren Erhebung nicht die Erbfolge selbst geltend gemacht und nicht jede, sondern nur eine bestimmte kraft derselben dem Kläger geschuldete Restitution verlangt wird. Daher ist eine solche Klage keine dingliche Klage. Fordere ich eine von mir ererbte Sache ihrem Besitzer ab, und erklärt er, daß er selbst Erbe sei, so ist Gegenstand des Prozesses und der Entscheidung zwar nicht meine Erbfolge als solche, aber auch nicht mein Eigentum als solches, sondern eine einzelne Konsequenz jener. Daher ist einesteils nicht erst durch dreißigjährigen Besitz dieser Sache, sondern schon durch dreißigjährigen Erbschaftsbesitz die Klage verjährt und kann anderteils der Beklagte sich nicht auf Ersitzung berufen (§ 2026). Zugleich entscheidet aber das Urteil nur darüber, ob der Beklagte dem Kläger die Restitution in dessen Eigenschaft als Erbe schuldet. Erweist sich nachträglich die Sache als nicht zur Erbschaft gehörig, so hindert die Rechtskraft des Urteils weder den unterlegenen Kläger noch den unterlegenen Beklagten an der Abforderung der Sache kraft des aus anderem Grunde ihm zustehenden Eigentums.

Verfehlt ist Hellwigs (Anspruch und Klagrecht S. 413) Einwand gegen die Geltendmachung des dinglichen Rechts durch die dingliche Klage, daß § 322 ZPO. verbiete, „auf die Gründe der Entscheidung zurückzugehen und dem Urteil nach der Verschiedenheit der Gründe der Verneinung des Anspruchs eine verschiedene Tragweite zu geben“. (Vergl. dazu oben S. 341 und 392.) Wäre dieser Einwand richtig, so könnte auch die Abweisung einer Feststellungsklage nicht das geltend gemachte Rechtsverhältnis aberkennen, da sie es nicht

aberkennt, wenn sie erfolgt wegen Abwesenheit des Feststellungsinteresses.

XII. Der Zweck des Prozesses und die Bedeutung der Präjudizien.

Nach Oskar Bülow (ZZP. 31) bedarf das Privatrecht „der Hilfe des Prozeßinstituts nicht ... vorwiegend, um geschützt zu werden. Das Prozeßinstitut tritt zum Privatrecht vielmehr vornehmlich zu dem Zweck hinzu, um es zu ergänzen" (S. 266). „Wenn der Staat den Beteiligten auf ihr Verlangen bei der Ermittelung dessen, was in concreto Rechtens ist, seine Hilfe gewährt, so wird er nicht zum Zwecke des Rechtsschutzes tätig, sondern dazu, um die ... Privatrechtsordnung zur Vollendung zu bringen" (S. 267). Zwar gelangen meistens die Beteiligten „schon von sich aus zu einer übereinstimmenden tatsächlichen und rechtlichen Beurteilung ihrer Privatrechtsangelegenheiten" (S. 269); aber „oft genug" vermögen sie „entweder nicht den ... Sachverhalt privatim zuverlässig oder wenigstens doch in gleichmäßiger, beide Teile völlig befriedigender Weise zu ermitteln, oder sie können wegen abweichender Auffassung der abstrakten Privatrechtsbestimmungen nicht zu einer übereinstimmenden Beurteilung des Falles gelangen. Für alle Fälle nun, in denen ein solcher Konflikt der Rechtsbeurteilung entsteht, hält der Staat eine Veranstaltung bereit", wodurch „die abstrakten hypothetischen Privatrechtsbestimmungen auf Verlangen und Mitwirkung der Beteiligten in konkrete unbedingte Rechtsbestimmungen, in richterliche Urteile umgesetzt werden. — Diese Veranstaltung ist der Zivilprozeß. — Hierin, meine ich, liegt der Schlüssel zum Verständnis des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß" (S. 270).

Der eigentliche Zweck des Prozesses wäre demnach die durch das richterliche Urteil erfolgende Umsetzung der abstrakten Rechtsnormen in eine konkrete Normierung des bestimmten Falls. Er würde erreicht durch das Urteil und nur durch das Urteil. Ob der Kläger, zu dessen Gunsten es ergangen ist, zur Befriedigung seines Anspruchs gelangt, wäre Nebensache, und der Prozeßzweck wäre verfehlt sowohl durch die dem Urteil zuvorkommende Leistung des Beklagten als durch sein Anerkenntnis und seine unterbliebene Bestreitung der Klagtatsachen, wodurch die richterliche Prüfung teils der ganzen Rechtslage teils der für sie maßgebenden Sachlage ausgeschlossen wird. Auffallend ist, daß Bülow die abstrakten Rechtsbestimmungen durch die richterlichen Urteile in konkrete umgesetzt werden läßt „auf Verlangen und unter Mitwirkung der Parteien". Findet doch der Prozeß statt auf einseitiges Verlangen des Klägers, und hat doch Bülow selbst ausgeführt, daß er irgend welche Mitwirkung des Beklagten nicht erfordere. Es ist ja möglich, daß ein Kläger, der sich bewußt ist, den Sachverhalt oder seine rechtlichen Konsequenzen nicht zu kennen, den Beklagten, der ihm vielleicht privatim Auskunft darüber verweigert hat, nur belangt, um zu erfahren, wie die Sache faktisch und rechtlich steht, und daß er Leistung entweder überhaupt nicht oder doch nur insoweit begehrt, als sie im Prozesse sich als eine ihm geschuldete ergeben wird. Er kann aber seinen Zweck, über die Existenz des ihm vielleicht zustehenden und vielleicht nicht zustehenden Rechts aufgeklärt zu werden, weder dann erreichen, wenn der Beklagte sich auf die Klage überhaupt nicht einläßt, noch dann, wenn dieser zu den Klagtatsachen keine Stellung nimmt oder auch sie positiv zugesteht, was er sogar mit der ausdrücklichen Erklärung tun kann, daß er dies tue, obgleich sie nicht zutreffen, noch endlich dann, wenn der Beklagte ein Anerkenntnis voll-

zieht, womit er gleichfalls die Erklärung verbinden kann, er wolle die Rechtsbehauptung des Klägers gelten lassen, obgleich er wisse, daß sie nicht zutreffe. Ginge die Aufgabe des Urteils darin auf, die Konsequenzen des wirklichen Sachverhalts zu ziehen, so dürfte, wenn dessen Ermittlung nicht gelungen ist, ein Urteil überhaupt nicht gefällt werden.

Wie es nicht zum Prozesse kommt, wenn nicht eine Partei die andere belangt, so kann es nicht zu einem Urteil kommen, das nicht die eine oder die andere Partei verlangt hätte. Der Prozeß ist ein Mittel, das der Staat den einzelnen zur Befriedigung praktischer Bedürfnisse zur Verfügung stellt. Würde er es ihnen zur Verfügung stellen, um Gewißheit über ihre Rechtslage zu erlangen, so wäre die zwischen zwei Menschen bestehende Ungewißheit über eine zwischen ihnen bestehende Rechtsbeziehung ein genügender Grund zur Klage. Wie aber dieser nicht besteht ohne einen dem Kläger gebührenden Erfolg oder eine ihm drohende Gefahr, so bezweckt die Klage entweder den Eintritt jenes Erfolges oder die Abwendung dieser Gefahr. Zu diesem Zwecke der Klage kommt als ein Zweck, den sowohl das ihr stattgebende als das sie abweisende Urteil von Rechts wegen hat, die endgültige und daher davon, ob es der bisherigen Rechtslage gemäß war, unabhängige Erledigung des zu seinem Gegenstand erhobenen Verhältnisses durch seine Rechtskraft. Von ihr ist wesentlich verschieden die Bedeutung, die es über den dadurch entschiedenen Fall hinaus hat als ein Akt der Auslegung des Rechts. Ein solcher ist jeder Akt der Rechtsanwendung. Deren Richtigkeit hängt ab von der richtigen Erfassung der Rechtsnormen, der tatsächlichen Sachlage, auf die sie angewendet werden, und der Konsequenzen, die sie für diese ergeben.

Für die Eigenschaft der Rechtsanwendung als einer

richtigen Auslegung des Rechts ist es gleichgültig, ob die bei ihr angenommene tatsächliche Sachlage sich wirklich so verhält, dagegen entscheidend, ob dies gilt von den bei ihr angenommenen Rechtsnormen und deren Konsequenzen für die angenommene Sachlage. Mit Unrecht hat man neben dem error iuris und facti einen besonderen Irrtum in der Subsumtion angenommen; denn zum Inhalt des Rechts gehört auch, was aus ihm für eine bestimmte Sachlage folgt. Während nun aus der Eigenschaft einer bestimmten faktischen Sachlage, vom Richter seinem Urteil zu Grund gelegt worden zu sein, sich in keiner Weise ihre wirkliche Existenz ergibt, weil sie durch das Verhalten der Parteien ganz unabhängig von dieser eine für ihn existierende gewesen sein kann, so gilt nicht dasselbe von den durch ihn seinem Urteil zu Grund gelegten Rechtsnormen nebst den Konsequenzen derselben für die diesem zu Grund gelegte Sachlage. Sie waren ihm nicht durch das Verhalten der Parteien gegeben, sondern es war seine Pflicht, sie von Amts wegen zu kennen oder, soweit er sie bisher noch nicht kannte, zu erforschen und auf den bestimmten Fall richtig anzuwenden. Und es ist in Ermangelung entscheidender Gegengründe anzunehmen, daß er nicht nur den Willen, sondern auch die Fähigkeit hatte, dieser Pflicht zu genügen. Wäre er doch nicht zum Richter bestellt worden, wenn ihm dies nicht zuzutrauen wäre. Seine Rechtsanwendung ist daher eine Auslegung des Rechts durch einen Menschen, der kraft seiner amtlichen Stellung als rechtskundig gilt. Seine Auslegung des Rechts ist im Gegensatze zu seiner Entscheidung nicht ein Rechtsakt. Sie ist auch nicht ein Bestandteil jener, und das Urteil kann nicht angefochten werden wegen ihrer Unrichtigkeit als solcher, sondern nur wenn sie für jene maßgebend war, so daß ihn eine andere Auslegung des Rechts zu einer anderen Ent-

scheidung bestimmt hätte. Seine Auslegung des Rechts ist im Gegensatze zu seiner Entscheidung eine bloße Deklaration. Der Wert, den sie als eine solche hat, beruht einesteils auf der durch seine Stellung gegebenen Wahrscheinlichkeit ihrer Richtigkeit, anderenteils auf der durch ihren Inhalt und ihre Fassung ihr zukommenden Ueberzeugungskraft. Ihr Wert beruht also teils auf äußeren, teils auf inneren Gründen. Er ist um so größer, je mehr die einen und die anderen zusammentreffen und je weniger die dadurch gegebene Wahrscheinlichkeit ihrer Richtigkeit durch Gegengründe entkräftet wird. Ihr äußeres Gewicht ist um so größer, je höher die Stellung des Gerichts ist, das sie vollzogen hat, und je öfter sie durch dasselbe Gericht oder durch verschiedene Gerichte vollzogen wurde.

Unbedingt und unabhängig von den inneren Gründen für oder gegen ihre Richtigkeit maßgebend wird die richterliche Auslegung des Rechts erst, wenn sie durch ihre seit längerer Zeit befolgte und nicht mehr angefochtene praktische Anwendung zum Gewohnheitsrecht geworden ist. Gewiß entfaltet erst durch die Praxis das Privatrecht seine volle Bestimmtheit und seinen vollen Reichtum. Das hat aber nichts mit der Rechtskraft der Urteile zu tun und geschieht ebenso durch die dieser unfähigen Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die dadurch gegebene Rechtsgewißheit ist eine andere als die für den konkreten Fall durch die Rechtskraft des Urteils gegebene. Durch seine Rechtskraft stellt das Urteil unabhängig von seiner Rechtsgemäßheit und seiner Begründung die konkrete Rechtslage fest. Die Bedeutung seiner Begründung als einer Auslegung des Rechts ist dagegen nicht unabhängig von ihrem inneren Werte. Vor sonstiger Auslegung des Rechts durch einen Rechtskundigen hat seine praktische Anwendung durch einen dazu Berufenen voraus, daß sie nicht nur auktoritative Auslegung, sondern

auch auktoritative Uebung des Rechts und ihre Wiederholung im Zweifel schon deshalb diesem gemäß ist, weil ihm keinesfalls die ungleiche Behandlung gleicher Fälle gemäß ist. Der verschiedenen Bedeutung der Rechtsanwendung für den durch sie entschiedenen Fall und für andere Fälle entspricht die verschiedene Bedeutung des **praeiudicium** als einer schlechthin maßgebenden Entscheidung und eines im Zweifel maßgebenden Präzedenzfalles.

Nachdruck verboten.

XI.

Ueber den Begriff „Unwirksamkeit“ in § 29 KO. und § 1 des Anfechtungsgesetzes.

Von Amtsgerichtsrat a. D. **Voß**, Stralsund.

I.

Die Vorschriften des § 29 der Konkursordnung und des § 1 des Anfechtungsgesetzes vom $\frac{\text{21. Juli 1879}}{\text{18. Mai 1898}}$, nach denen vor Eröffnung des Konkurses vorgenommene Rechtshandlungen als den Konkursgläubigern gegenüber, Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens als einem Gläubiger gegenüber unwirksam angefochten werden können, sind mit Rücksicht auf den Begriff „Unwirksamkeit“ noch immer ein Gegenstand lebhafter Erörterung.

Die Schwierigkeit der Feststellung dieses Begriffs wird besonders dadurch erhöht, daß zur Zeit des Erlasses dieser Rechtsvorschriften das Wort „Unwirksamkeit“ in unserer Rechtssprache sich nicht mit einem fest zu umschreibenden Begriff deckte, sondern anerkanntermaßen ein Ausdruck von unbestimmtem und farblosem Gepräge war.

In Verbindung mit dem Worte „anfechten“, dessen Gebrauch für die Gegenwirkung von Gläubigern gegen einen durch nachteilige Rechtshandlungen eines Schuldners veranlaßten Dritterwerb schon seit längerer Zeit eingebürgert war,

konnte das Wort „unwirksam" demnach keinen rechtlichen Einfluß äußern. „Als unwirksam anfechten" hieß nichts anderes, als überhaupt „anfechten". Das Wort „unwirksam" mußte im Sinne des bisherigen Sprachgebrauches als ein überflüssiges Flickwort erscheinen[1]). Sein Zusatz konnte nur insoweit als bemerkenswert gelten, als er den Gedanken an die Möglichkeit einer Anfechtung als nichtig oder ungültig ausschloß. Notwendig war er indes in dieser Beziehung nicht. Die Nichtigkeit konnte als Folge der Anfechtung nicht angenommen werden, da sie als solche im Gesetze nicht vorgeschrieben war. Auch ohne den Zusatz des Wortes „unwirksam" mußte man der Anfechtung eine Deutung geben, die sich mit einer ohne Anwendung des Nichtigkeitsbegriffs ausführbaren Gegenwirkung vertrug. Diese Notwendigkeit führte von selbst auf den Gedanken der sog. „obligatorischen Anfechtung", bei der es sich nicht darum handelt, den nachteiligen Dritterwerb aus dem Wege zu räumen, sondern nur darum, ihn in Gestalt einer obligatorisch wirkenden Ausgleichungspflicht seines wirtschaftlichen Vorteils für den Erwerber zu berauben.

Dem entsprach während der zwischen dem Geltungsbeginne der Konkursordnung und dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegenden Zwischenzeit die allgemeine Auffassung. Man kam nicht dazu, die Frage aufzuwerfen, ob der bisherige Sprachgebrauch von der Konkursordnung vom 10. Februar 1877 und von dem Anfechtungsgesetze vom 21. Juli 1879 noch festgehalten sei. Und doch hätte man sich sagen müssen, die Vermutung spreche dagegen, daß diese Gesetze, zumal an Stellen von grundlegender Bedeutung, sich überflüssiger und farbloser

1) Dies wird von Jäger (Komm. zum Anfechtungsgesetz [1905] S. 57 Nr. 1) bestritten, weil es dem Gesetze darauf ankomme, die Relativität der Unwirksamkeit hervorzuheben. Mit Recht hiergegen Hellmann, KrVJSchr. 46, 128.

Flickwörter bedient haben. Es ist hierbei noch besonders in Betracht zu ziehen, daß das Wort „unwirksam“ in der Bedeutung eines lückenbüßenden Füllworts doch auch nicht gebräuchlich war. Immerhin blieb also die Möglichkeit, daß die Gesetze bei dem Gebrauch des Wortes „unwirksam“, einer künftigen Rechtssprache voreilend, einen neuen Rechtsausdruck zu prägen beabsichtigt haben. Die Bedeutung dieses Rechtsausdruckes mußte in Ermangelung anderweitiger Aufschlüsse aus dem Zusammenhange der Gesetze entwickelt werden: eine Aufgabe, die der Wissenschaft und der Praxis zufiel.

Bei der einleuchtenden Selbstverständlichkeit [2]) der gegenteiligen Meinung war es begreiflich, daß diese Aufgabe während der in Betracht kommenden reichlich 20 Jahre überhaupt nicht in Angriff genommen worden ist. Aber diese Unterlassung konnte die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß die Aufgabe vom Geltungsbeginn der Konkursordnung an bestand. Wurde sie verkannt, so blieb man dem Gesetze die erforderliche Rücksicht schuldig. Auch die größte Einhelligkeit einer dem Wortlaute des Gesetzes zuwiderlaufenden Auslegung konnte unter diesen Umständen die Bedeutung nicht beanspruchen, die ihr bei ausreichender wissenschaftlicher Durchdringung des Gesetzes nicht abzusprechen gewesen wäre.

Mit dem Geltungsbeginn des BGB. hörte das Wort „unwirksam“ innerhalb des sachlichen Herrschaftsgebiets dieses Gesetzes auf, ein unbestimmter und farbloser Begriff zu sein. Zugleich wurden Wort und Begriff „Unwirksamkeit“ an verschiedenen Stellen in die Konkursordnung neu aufgenommen.

---

2) Windscheid-Kipp, Pandekten 2 (1906), 1021: Bisher hatte das Recht der Gläubigeranfechtung kein einheitliches bürgerliches Recht hinter sich und man mußte sich mit der obligatorischen Wirkung der Anfechtung begnügen, weil aus dem Text der KO. und des Reichsgesetzes eine dingliche Wirkung allerdings nicht nachgewiesen werden konnte.

Diese letzteren sind folgende:

§ 7: Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam [3]).

§ 13: Ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

§ 15: Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen, sowie Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung solcher Gegenstände können nach Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit [4]) gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht.

§ 221 Abs. 2: Eine nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung ist (für den Nachlaßkonkurs) unwirksam.

In diesen Stellen ist, wie anscheinend von keiner Seite bezweifelt wird, das Wort „unwirksam" in Uebereinstimmung mit dem Sprachgebrauche des BGB. angewendet worden. Hiernach ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß der Begriff „Unwirksamkeit" in der KO. einen doppelten Sinn haben kann, nämlich erstens die unbestimmte und farblose Bedeutung des § 29, in der es soviel wie „der normalen Wirkungen entbehrend entkräftbar" heißt, und zweitens diejenige der vorangeführten vier Gesetzesstellen, in denen es, dem Sprachgebrauch des BGB. folgend, das völlige Fehlen der in Betracht kommenden Wirkungen auszudrücken bestimmt ist.

Diese Möglichkeit gilt als Gewißheit bei Jäger: „Nachdem die Novelle in § 7 I KO. das Wort ‚nichtig' entsprechend dem § 135 BGB. durch ‚unwirksam' ersetzt hat, besteht jetzt

[3]) Hier stand in der früheren Fassung „nichtig".

[4]) Hier stand in der älteren Fassung „nicht mit verbindlicher Kraft".

eine irreführende Uebereinstimmung im Wortlaut der §§ 7, 29. Das ist eine von den anerkannt zahlreichen Oberflächlichkeiten, die den Novellen der ZPO. und KO. anhaften. Zweifellos hat in dem unverändert gebliebenen § 29 das Wort ‚unwirksam‘ seinen bisherigen Sinn bewahrt. Hier bedeutet es nach wie vor ‚entkräftbar‘, im § 7 dagegen ‚nichtig‘. Dies sollten wenigstens die Gegner der Dinglichkeitslehre festhalten“ [5]).

Diese angebliche Uebereinstimmung wäre unschwer zu vermeiden gewesen, wenn in § 29 unter Ausmerzung des Wortes „unwirksam“ einfach gesetzt worden wäre:

„Rechtshandlungen, welche vor Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können zu Gunsten der Konkursgläubiger . . . angefochten werden.“

und folgeweise in § 1 des Anfechtungsgesetzes:

„Rechtshandlungen eines Schuldners können außerhalb des Konkursverfahrens zum Zwecke der Befriedigung vom Gläubiger . . . angefochten werden.“

Die allerdings wesentliche Besonderheit der relativen Wirkung der Anfechtung wäre durch diese Fassungen mit ausreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, vor allem, wenn, mit Jäger u. a., die lediglich obligatorische Bedeutung des Ausgleichungsanspruchs vorausgesetzt wird. Es wäre mehr als eine der „anerkannt zahlreichen Oberflächlichkeiten“, es wäre ein Versehen in der Durcharbeitung des ganzen Gesetzes gewesen, wenn man in § 29 die Ausmerzung eines überflüssigen Wortes verabsäumt und hierdurch zu einer irreführenden Auslegung dieser grundlegenden Bestimmung des Anfechtungsrechts Anlaß gegeben hätte.

Die Vermutung spricht gegen ein solches Versehen. Eine

5) Jäger, KO. 29 Nr. 1, AnfG. 57 Nr. 1. An letzterer Stelle wird das Nebeneinanderbestehenlassen desselben Wortausdrucks für verschiedene Begriffe eine „kaum zu entschuldigende Oberflächlichkeit“ genannt.

Gesetzesauslegung, die sich derartiger Vorwürfe gegen den Gesetzgeber bedienen muß, bedarf der überzeugendsten Rechtfertigung. An solcher aber fehlt es. Der wichtigste Beweisgrund, den die Verteidiger des unbestimmten und farblosen Sinnes des Wortes „unwirksam" vorzubringen vermögen, besteht in dem vermeintlich vorhandenen gesicherten Besitzstande ihrer Meinung. Von einem gesicherten Besitzstande ließe sich indes nur dann reden, wenn dieser durch einen einwandfreien Gesetzestext unterstützt würde. Das ist aber nicht der Fall. Die gegnerische Ansicht muß, um ihres Erfolges sicher zu sein, zunächst das unbequeme Wort „unwirksam" schon aus der Fassung der Gesetze von 1877 und 1879 stillschweigend hinwegräumen. Dann muß sie hieran den Nachweis knüpfen, daß die Fassung der Konkursordnung von 1898 trotz der bewußten Herübernahme des Wortes „unwirksam" aus dem BGB. bei der Umgestaltung verschiedener Gesetzesstellen jene Hinwegräumung gutgeheißen habe. Das sind Annahmen, die vielleicht im Einzelfall ihren Erfolg nicht verfehlen, die aber von dem Schein einer gewissen Gewaltsamkeit sich nicht freihalten, und die deswegen immer wieder zu neuer Prüfung herausfordern müssen. Der Besitzstand einer Meinung, die es nicht dazu bringt, diejenigen, die sich ihr anschließen sollen, einer jedesmal zu erneuernden und in ihren Ergebnissen unsicheren Prüfung zu entheben, kann nicht das Recht beanspruchen, sich als „gesichert" zu bezeichnen.

Hiernach bleibt die Wahrscheinlichkeit bestehen, daß die Neufassung der Gesetze von 1898 in dem Wort „unwirksam", das sie in § 29 der KO. und in § 1 des AnfG. vorfand, nicht einen Ausdruck von unbestimmter und farbloser, sondern einen solchen von mehrdeutiger[6]) Beschaffenheit erkannt, und daß sie es zu ihrer Aufgabe gemacht hat, diesen mehrdeutigen Aus-

6) Oertmann, ZZP. 38, 14 „der Passus ist einer Doppeldeutung fähig" — freilich in anderer als der hier erörterten Beziehung.

druck in einen eindeutigen zu verwandeln. Hierzu bot sich ihr das Mittel der authentischen Auslegung. Diese hat nicht den Zweck, das bisherige Recht umzugestalten, sondern Rechtsgrundsätze von zweifelhafter Gewißheit durch unzweifelhafte zu ersetzen. Nun besteht ja die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber bei diesem Vorgehen sich geirrt hat. Er kann sichere Rechtsgrundsätze irrtümlicherweise für unsicher gehalten haben, er kann ferner bei der Aussprache vermeintlich an die Stelle zu setzender unzweifelhafter Rechtsvorschriften fehlgegangen sein. In jedem Falle aber bleibt so viel gewiß: bei der Auslegung des gegenwärtigen § 29 KO. und des entsprechenden § 1 des AnfG. müssen wir nach demjenigen Rechte fragen, das jetzt gilt. In Betreff des früheren Rechtszustandes haben wir zu ermitteln, in welcher Gestalt er in das gegenwärtige Recht übernommen ist. Wer von der wissenschaftlichen Richtigkeit der Auffassung, die bis zum Geltungsbeginne des BGB. in Betreff des § 22 KO. alter Fassung überwog, sich überzeugt zu haben glaubt, kann hierdurch veranlaßt werden, dem neuen Recht den Vorwurf zu machen, daß es in seinen Aenderungen einer wissenschaftlich schlechter begründeten Auffassung gefolgt sei. Die Aenderungen selbst aber muß er mit ihren Folgen gelten lassen. Er muß sie hinnehmen nicht als die der bisherigen Wortfassung zuliebe erfolgte Aenderung des früheren Rechtszustandes, sondern als eine von der gesetzgebenden Stelle aus in authentischer Form ausgesprochene Verwerfung einer früheren Lehrmeinung. Und er wird ferner im Zweifel anerkennen müssen, daß diese Verwerfung erfolgt ist nicht um eines vermeintlichen Besserwissens willen, sondern weil sie durch die veränderte Gesamtauffassung der Anfechtungslehre, wie wir sie im BGB. finden, unvermeidlich geworden war. Das Anfechtungsrecht der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes ist in das System des BGB. nicht als stehenbleibende frühere Rechtsbildung auf-

genommen, die in das Rechtssystem des BGB. übergeleitet werden mußte, sondern als selbständiger Vorläufer eines von dem landesrechtlichen Anfechtungsrecht abweichenden bürgerlichen Rechts, dem es mit dem Geltungsbeginn des BGB. als nunmehr organisch verbundenes Glied sich anzuschließen hatte. Ob dieser Anschluß an allen erforderlichen Stellen glücklich bewirkt ist, darüber läßt sich streiten. Aber daran ist festzuhalten, daß im Zweifel das Recht des BGB. das Anfechtungsrecht der beiden fraglichen Gesetze in seinen Gedankenkreis hineingezogen und ihr bisheriges Sonderdasein zu Gunsten gemeingültigerer Gesichtspunkte aufgehoben hat.

II.

In den Motiven zum ersten Entwurf des BGB. finden sich zwei Bemerkungen über das Anfechtungsrecht, die für die Konkurs- und Gläubigeranfechtung von Wichtigkeit sind. Zu § 112 des Entwurfs wird hervorgehoben, daß der Anfechtungsbegriff, von dem die §§ 22—24 KO. vom 10. Februar 1877 und das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 ausgehen, bei der Abgrenzung des im Entwurfe aufgestellten Anfechtungsbegriffs nicht berücksichtigt worden ist[7]). Ferner aber wird bemerkt, daß die sog. obligatorische Anfechtbarkeit, welche lediglich einen durch Klage oder Einrede verfolgbaren Wiederausgleichungsanspruch gewährt, in den Entwurf Eingang nicht gefunden habe[8]). Das Verhältnis dieser beiden Bemerkungen kann man sich in verschiedenartiger Weise gestalten. Entweder so, daß man annimmt, der Entwurf des BGB. habe von vornherein das Anfechtungsrecht der KO. und des AnfG. aus dem Rechtssystem des BGB. ausscheiden wollen und die Aufrechthaltung der in den gedachten Sondergesetzen etwa vorfindlichen Bei-

7) Mot. 1, 218.
8) Mot. 1, 220.

spiele „sogenannter“ obligatorischer Gläubigeranfechtung für selbstverständlich angesehen. Oder aber so, daß zwar das Anfechtungsrecht der KO. und des AnfG. unter dem Anfechtungsrecht des BGB. auf selbständigen Grundlagen beruht, zwischen beiden Rechtsmaterien aber doch eine weitgehende Uebereinstimmung besteht und schon bei Zugrundelegung der älteren Fassungen der KO. und des AnfG. bestanden hat. In letzterem Falle war die Untersuchung geboten, ob und inwieweit diese Uebereinstimmung auch hinsichtlich der Nichtaufnahme der obligatorischen Gläubigeranfechtung bestand, so daß, wenn die Frage bejaht wurde, die obligatorische Gläubigeranfechtung schon nach dem Wortlaute der älteren Fassungen zu verwerfen gewesen wäre und jedenfalls jetzt, auf dem Boden der Neugestaltung des bürgerlichen Rechts, nicht mehr als leitende Grundregel anerkannt werden durfte.

Die Motive zu dem vom 26. Januar 1898 datierten Entwurf eines Reichsgesetzes, betreffend die Aenderungen der KO., haben sich mit Entschiedenheit für die zweite Alternative erklärt. „Nach dem BGB.“, bemerken sie, „unterliegen nur Ansprüche der Verjährung, das Anfechtungsrecht ist aber nicht als ein Anspruch im Sinne des Gesetzbuchs anzusehen. Der Entwurf hat daher im Anschluß an den § 124 BGB., der von der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Täuschung oder Drohung handelt, die Fassung dahin geändert, daß die Anfechtung nur binnen Jahresfrist seit Eröffnung des Verfahrens erfolgen kann“ [9]).

Hierin liegt der Ausdruck der Ueberzeugung, daß die Anfechtung als Handlung, wenn nicht nach Form und Inhalt, dann jedenfalls nach ihrem Inhalt bei der Konkursanfechtung keine andere Bedeutung habe, als bei der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Täuschung oder Drohung.

9) S. 35 der amtlichen Drucksachen.

„Anfechtbarkeit eines Geschäfts ist nach dem BGB. diejenige Mangelhaftigkeit seines Inhalts, deren Hervorkehrung lediglich von dem Willen des Berechtigten abhängt" [10]). Anfechtbarkeit eines den Konkursgläubigern nachteiligen Erwerbes ist dementsprechend eine Mangelhaftigkeit dieses Erwerbs, dessen Hervorhebung lediglich von dem Willen des Konkursverwalters abhängt. In dem einen wie dem anderen Falle bewegt sich die Anfechtungserklärung in einer den Rechtsbestand des Geschäfts oder des Erwerbs verneinenden Richtung. Die Folgen sind allerdings verschieden. Für die Anfechtung des bürgerlichen Rechts bestehen sie in der nach rückwärts wirkenden Vernichtung der angefochtenen Handlung, für das Konkursanfechtungsrecht in der Verpflichtung zur Rückgewähr. Aber beide Arten von Rechtsfolgen ruhen doch insoweit auf demselben Boden, als sie eine willensmäßige Verneinung der angefochtenen Rechtstatsachen zur Voraussetzung haben. Ein durch Täuschung oder Drohung zu stande gekommenes Geschäft hat für die anfechtende Geschäftspartei, eine vom Konkursverwalter angefochtene Rechtshandlung hat für die Konkursgläubiger keine rechtliche Bedeutung.

Der verneinende Inhalt der Anfechtungserklärung ist es offenbar, was diese selbst nach der Meinung der Verfasser der Motive von den aus der Tatsache der wirksam erfolgten Verneinung sich ergebenden Ansprüche innerlich unterscheidet. Anspruch im Sinne des BGB. ist das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen, also eine **Bejahung eignen Rechts**, während die Anfechtung eine **Verneinung des fremden, behaupteten oder wenigstens als behauptungsfähig gedachten Rechts** in sich schließt. Die Rechtsherrschaft des einzelnen geht im Bereiche der eigenen Rechte weiter als in der Gegen-

10) **Bruck**, Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte (1900) 30.

wirkung gegen fremde Privatrechte, die selbst bei mangelhafter Begründung eine Anwartschaft auf amtliche Sicherstellung gegen feindliche Gegenwirkung haben. Daher unterliegt die Ausübung des Anfechtungsrechts grundsätzlich der Befristung, wie die Geltendmachung eines Anspruchs der Verjährung untersteht.

Diese Zerlegung der Anfechtungstätigkeit in zwei inhaltlich voneinander verschiedene Akte, deren einer, die Anfechtungserklärung, sich als Vorstufe des anderen, der Ausübung des durch die Anfechtungserklärung erlangten Anspruchs auf Tun oder Lassen des anderen zu erkennen gibt, ist nur möglich, wenn das Ziel der Anfechtung, die Rückgewähr, kraft innerer Notwendigkeit von der vorgängigen Hinwegräumung eines Hindernisses abhängt. Das ist nicht der Fall, wenn die Anfechtung in der unmittelbaren Ausübung eines auf obligatorische Wiederausgleichung gerichteten Anspruchs besteht. Wollte man die Erhebung dieses Anspruchs von der Abgabe einer vorgängigen Anfechtungserklärung abhängig machen, so würde man hierdurch doch nicht einen inhaltlich begründeten Unterschied zwischen Anfechtungserklärung und Ausübung des Anfechtungsanspruchs herstellen. Die Anfechtungserklärung würde nichts anderes sein, als die Erhebung eines Voranspruchs, der mit dem Hauptanspruch auf Wiederausgleichung gleichen Inhalt hat. Der Unterschied würde nun darin bestehen, daß der Voranspruch in Form der Berühmung, der Hauptanspruch in Form der Mahnung, Klag- oder Urteilsbitte oder Einrede aufzutreten hätte.

In dieser Weise erscheint die Anfechtung bei Kohler[11]: „Die Anfechtung ist eine einseitige empfangsbedürftige Rechtshandlung, welche eine Aenderung im Rechtszustande herbeiführt. Vor der Anfechtung besteht der Keim eines Schuldrechts, aber nicht mehr. Ist die Anfechtung erfolgt, so tritt

11) Leitfaden des Konkursrechts 137.

ein Anspruch gegen den durch die (anzufechtende) Rechtshandlung Begünstigten ein, ein obligatorischer Anspruch. Die Folge der Anfechtung ist nicht dingliche Nichtigkeit des Geschäfts, so daß das Eigentum zurückfällt oder als nicht übertragen gilt."

Kohler sagt uns nichts über den Inhalt der empfangsbedürftigen Anfechtungserklärung. Daraus ist zu schließen, daß diese für ihn einen rein formalen Akt bildet, der nur aus dem Grunde von der Ausübung des Anfechtungsanspruchs im engeren Sinne tatbeständlich gesondert werden muß, weil das Gesetz ihn äußerlich gesondert hat. Daher ist ein gegensätzliches Verhältnis zwischen dem Rechtszustande wie er vor und nach der Anfechtung besteht, nicht erkennbar. Vielmehr ist der vor der Anfechtung bestehende Rechtszustand nichts anderes als eine Entwickelungsstufe des Anfechtungsanspruchs, ein Keim, der in sich bereits alle Bestandteile des letzteren enthält, der aber durch die Willenserklärung des Berechtigten aus seinem Schlummer aufgeweckt werden muß. Der Inhalt der Willenserklärung aber kann nur dahin lauten: „ich kann und will mir den durch das Gesetz in Aussicht gestellten Anspruch durch Erfüllung der hierfür vorgeschriebenen Form aneignen".

Diese Erklärung heißt Anfechtung, weil sie der vom Gesetz als Anfechtung bezeichneten rechtsändernden Willenserklärung inhaltliche Bedeutung geben soll. Aber sie ist inhaltlich keine Anfechtung in der oben hervorgehobenen Bedeutung dieses Wortes. Die Erweckung eines schlummernden Keimes zum Wachstum kann nicht „Hervorkehrung eines Mangels" sein, weil der Keimzustand kein Mangel, sondern ein natürlicher Entwickelungszustand des Schuldrechts sein würde. Sie kann keine Verneinung des Keimzustandes in sich schließen, weil sie eben von der Bejahung des im Keime stehenden Lebenswillens ausgeht. Sie trägt daher den Namen „Anfechtung", ohne wirk-

lich Anfechtung zu sein[12]). Wenigstens muß man dem Worte „Anfechtung" einen anderen Sinn unterlegen, wenn es auf eine derartige Erklärung passen soll. Man muß bei der Anfechtungserklärung die sog. „obligatorische Anfechtung" ins Auge fassen.

Aber diese ist, wie die oben angeführte Aeußerung der Motive lehrt, in das System des Entwurfs, und, wie hier hinzuzufügen ist, auch in die zum Gesetz gewordene Fassung des BGB. nicht aufgenommen. Eine Anfechtungserklärung, die derjenigen des § 124 BGB. sich anschließt, würde für die Anfechtung im Konkurse also nur dann Raum finden, wenn sie gleichmäßig für die „obligatorische Anfechtung" Bedeutung hätte.

Dies letztere aber ist ausgeschlossen. Die obligatorische Anfechtung besteht darin, daß ein durch Klage oder Einrede verfolgbarer Wiederausgleichungsanspruch gewährt wird. Die Gewährung dieses Anspruchs ist eine Wirkung des der Anfechtung ausgesetzten Tatbestandes — freilich eine Wirkung, deren wirtschaftliches Endziel der Absicht der Urheber jenes Tatbestandes zuwiderläuft. Dies Verhältnis zwischen Absicht und Rechtswirkung findet sich regelmäßig bei unerlaubten Handlungen.

---

12) Vergl. schon Mandry, Zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze[3] (1885) 476: „Konkursordnung und Anfechtungsgesetz statuieren ein Anfechtungsrecht. Dies besagt zunächst . . daß nur die Wirkungen der Rechtshandlung, soweit sie zwischen der anfechtungsberechtigten und der durch den Anfechtungsgrund verpflichteten Person existieren, beseitigbar sein sollen. Die nähere Gestaltung und namentlich die Tragweite dieser Beseitigung zeigen aber, daß es sich auch nicht um Anfechtung im eigentlichen Sinne, d. h. um die Befugnis handelt, die Rechtshandlung mit ihren zwischen den Parteien [Anfechtungsberechtigten und Anfechtungsgegner] existenten Wirkungen zu beseitigen, sondern nur um die Entstehung von forderungsrechtlichen Ansprüchen." Hiernach hätten die Gesetze etwas gesagt, das sie nicht gemeint, und etwas gemeint, das sie nicht gesagt hätten!

Es ist eine natürliche Wirkung des Diebstahls oder des Betruges, daß er eine Erstattungsklage erzeugt. Niemand kann auf den Gedanken kommen: „erst muß man den Diebstahl oder den Betrug anfechten, dann erhält man die Erstattungsklage". Das gleiche Verhältnis aber ist auch bei anderweitigen Tatbeständen — den gesetzlichen Verbindlichkeiten [18]) — wahrzunehmen. Die Ausgleichungsverbindlichkeit schließt sich an den betreffenden Tatbestand an, weil das Gesetz es so will, mit anderen Worten, weil das Gesetz den Tatbestand befähigt hat, in dieser Richtung *wirksam* zu werden. Es bedarf hierzu keiner vermittelnden Zwischenerklärung, denn für eine Aenderung des durch das Gesetz geschaffenen Rechtszustandes ist kein Raum vorhanden. Allerdings kann man solchen Tatbeständen gegenüber sich fragen, ob eine „Anfechtung" überhaupt einen Sinn hat? Derjenige des § 124 BGB. kann mit einer Anfechtungserklärung hier nicht verbunden werden, denn es fehlt an einem Ziel, gegen das die Erklärung sich in gegenwirkender Richtung bewegen kann. Nur in wirtschaftlicher Beziehung wird — durch den Erfolg der Wiederausgleichung — eine Aenderung angestrebt. Nur gegen die *wirtschaftliche* Bedeutung des der Anfechtung gegenüberstehenden Tatbestandes kann sich diese richten. Aber hierzu genügt allerdings nicht eine „einseitige empfangsbedürftige" Erklärung des Inhalts, daß man die Wiederausgleichung verlangen könne und wolle. Eine solche Erklärung würde einen reinen Lufthieb darstellen. Es bedarf vielmehr zur Erreichung des Zieles der unmittelbaren Aussprache eines *Verlangens* gegen den angeblichen Anfechtungsgegner, also der Erhebung eines *Anspruchs* im Sinne des § 194 BGB. Die „obligatorische Anfechtung" kann nach Zweck

---

18) *Walsmann*, Einfluß der Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners auf die Einrede des Gläubigeranfechtungsrechts, IheringsJ. 49, 297 ff., hier insbes. S. 305.

und Ziel nichts anderes sein, als Geltendmachung eines als vorhanden vorausgesetzten Anspruchs. Daher ist sie im Sinne des BGB. überhaupt keine Anfechtung. Mit Recht haben die Motive hier von „sogenannter“, d. h. fälschlich so genannter Anfechtung gesprochen. Hätte das BGB. in der Konkursanfechtung eine Anfechtung dieses Inhaltes vor sich gehabt, so hätten die Urheber des Abänderungsgesetzes zur Konkursordnung vor allem den technischen Begriff „Anfechtung“ aus der Konkursordnung entfernen müssen. Denn die Konkursanfechtung wäre eine Rechtsverfolgung gewesen, die im Sprachgebrauch des BGB. diesen Namen nicht behalten durfte. Hätte man trotzdem den Namen „Anfechtung“ in der KO. stehen lassen, so hätte man auf einen einheitlichen Sprachgebrauch, wie er im Zusammenhange mit dem BGB. jedenfalls erwünscht war, Verzicht geleistet. Dies hätte man mit der Begründung rechtfertigen können, daß für die Konkursanfechtung ein besserer Name, als dieser gebräuchlich gewordene, sich nicht finden lasse. Aber man hätte dann wenigstens darauf verzichten müssen, die der obligatorischen Anfechtung durchaus widerstrebende Anfechtungserklärung im Sinne des § 124 BGB. der Konkursordnung einzuverleiben.

Die bisherigen Ausführungen dieses Abschnittes haben nur die Konkursordnung vom 10. Februar 1877 ins Auge gefaßt. Sie galten aber auch in gleicher Weise für das Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879. Die Aenderungen, die der Entwurf des Abänderungsgesetzes für den § 3 Nr. 2, den § 4, den Schlußsatz des § 11 und den § 13 vorgesehen hat, sind dadurch veranlaßt, daß das Anfechtungsrecht nach den Vorschriften des BGB. nicht als ein Anspruch anzusehen ist[14]. Auch hier sind die Veränderungen nach der Meinung

14) Amtl. Drucks. 61.

der Verfasser des Entwurfs durch die inhaltliche Natur der im Anfechtungsgesetze geregelten Anfechtung notwendig geworden. Auch hier wäre demnach Veranlassung gewesen, die Rechtsnatur dieser Anfechtung mit Rücksicht auf die Anwendbarkeit der Rechtsregeln der sogenannten obligatorischen Anfechtung zu prüfen, und, wenn diese für zutreffend befunden wurden, entweder die Bezeichnung des ganzen Gesetzes als „Anfechtungsgesetz" mit allen Folgeausdrücken zu streichen, oder wenigstens von der Durchführung des Anfechtungsbegriffs des BGB. abzusehen.

Die Verfasser des Entwurfs müssen also angenommen haben, daß, wie die Konkursordnung, so auch das Anfechtungsgesetz in der ihnen vorliegenden Verwendung des Wortes Anfechtung nicht im Sinn des zu ihrer Zeit etwa üblich gewesenen Sprachgebrauchs, sondern nach dem Sprachgebrauch des BGB. das Richtige getroffen haben. Danach hätten beide Gesetze in der Verwendung des Wortes „Anfechtung" von dem bisher anerkannten doppeldeutigen Sprachgebrauch sich abgewendet und in unbewußter Voraussicht denjenigen Anfechtungsbegriff sich zu eigen gemacht, der nunmehr im BGB. seine weitere materielle und formelle Ausgestaltung empfangen hat.

III.

Es fragt sich hiernach, durch welche in der Gestalt der Konkursordnung von 1877 und des Anfechtungsgesetzes von 1879 liegende Beweggründe die Verfasser des Entwurfs zum Abänderungsgesetze bestimmt worden sind, die Anfechtung der gedachten beiden Gesetze für eine der Geschäftsanfechtung des BGB. verwandte und deshalb gleichartig zu behandelnde Rechtseinrichtung anzusehen.

Man kann zunächst an die Verbindung des Wortes „unwirksam" mit dem Wort „anfechten" denken. In einem Prozeß-

gesetz, läßt sich sagen, muß das Wort „unwirksam" einen Rechtsbegriff bezeichnen und nicht bloß einen wirtschaftlichen Erfolg im Auge haben. Also kann „als unwirksam anfechten" hier nicht soviel heißen, als „eine Rechtshandlung ihrem wirtschaftlichen Erfolge nach entkräften". Aber hiergegen läßt sich mit Grund einwenden, daß auch Prozeßgesetze die Sprache ihrer Zeit zu sprechen pflegen. Hätte das Wort „unwirksam" zur Zeit der Vorbereitung der Gesetze von 1877 und 1879 den überall anerkannten Sinn von „den normalen Wirkungen entbehrend, entkräftbar" und zwar vorzugsweise in der wirtschaftlichen Auffassung dieser Umschreibung gehabt, dann könnte man aus der Verbindung des Worts „unwirksam" mit „anfechten" keinenfalls einen sicheren Schluß ziehen. Man wird berechtigt sein, das Wort „unwirksam" im Sinne eines überflüssigen oder wenigstens bei genauerer Fassung des Textes vermeidlichen Füllworts zu nehmen.

Ein solcher anerkannter Sprachgebrauch wird sich nicht nachweisen lassen. Auch die Verfasser der Motive zum Entwurf des BGB. können ihn nicht vorgefunden haben, denn sie begnügen sich, die von ihnen gebilligte Verwendung des Wortes mit dem ihnen zu Gebote stehenden natürlichen Wortverstande zu rechtfertigen. Trotzdem mag anerkannt werden, daß für die Vorbereitung der Gesetze von 1877 und 1879 eine das Wort „unwirksam" betreffende feste sprachliche Grundlage abweichender Art nicht vorlag. Es muß vielmehr, im Sinne der Verfasser des Abänderungsgesetzes, die vorherige Verwendung des Wortes „unwirksam" mehr als ein glücklicher Griff denn als das Ergebnis einer überlegten Terminologie bezeichnet werden.

Hiernach kann zugegeben werden: die äußere Gestalt der Gesetze von 1877 und 1879 gibt keine Entscheidung.

Anders liegt aber doch die Sache, wenn wir auf den inneren Zusammenhang der Gesetze mit ihren unmittelbaren Vorbildern, der Preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und dem Anfechtungsgesetze vom 9. Mai 1855, sehen. Diese beiden Gesetze geben der Gläubigerschaft (dem verkürzten Einzelgläubiger) die Befugnis, Rechtshandlungen des Gemeinschuldners (des Schuldners) nach Maßgabe der besonderen Bestimmungen der Gesetze als „ungültig" anzufechten.

Die Ungültigkeit war keine eigentliche Nichtigkeit[15]). Aber sie begründete auch nicht eine Anfechtbarkeit in dem weitesten unbestimmtesten Sinne des Wortes, wie er von Savigny zugelassen wird. Sie stellt einen Begriff dar, der nicht etwa zur Vertretung des Begriffs „Anfechtbarkeit", sondern zu dessen näherer Bestimmung gebraucht worden ist. Schon die preußischrechtliche Theorie hat die „Ungültigkeit" der beiden gedachten Gesetze mit dem Ausdruck „Unwirksamkeit" bezeichnet[16]). Aber sie konnte freilich nicht zu dem Gedanken kommen, die Rückgewährpflicht des Anfechtungsgegners im Sinne einer bloßen Wiederausgleichungspflicht aufzufassen. Die beiden Gesetze vom 8. und 9. Mai 1855 erfassen die Anfechtung als eine Gegenwirkung des Anfechtenden gegen das, was man den Rechtsbestand[17]) der angefochtenen Rechtshandlung nennen muß. Das geht nicht etwa bloß aus der Verwendung des Ausdruckes

---

15) Förster, Theorie und Praxis des Preuß. Privatrechts[3] (1874) 1, 529 — die nachfolgende 4. Aufl. berücksichtigt schon das Reichskonkurs- und Anfechtungsrecht.

16) Förster, a. a. O. 534: „weil die Rechtshandlung nicht schlechthin als ungültig, sondern nur beziehungsweise als unwirksam angefochten werden darf . . .

17) An dem Ausdruck läßt sich freilich meistern. Hier wird der Begriff „Rechtsbeständigkeit" gleich der intensiven Bestandsfähigkeit, der „Bestand" hingegen als die extensive Schrankenlosigkeit seiner normalen Wirkungen gedacht.

„Ungültigkeit“ hervor, sondern mit unmißverständlicher Deutlichkeit aus der Behandlung der Gegenleistung des Anfechtungsgegners. „Dem Erwerber muß seine Gegenleistung vollständig erstattet werden. Wenn jedoch dem Erwerber bekannt war, daß der Gemeinschuldner die Rechtshandlung nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevorteilen, so kann er die Gegenleistung aus der Masse nur insoweit zurückfordern, als letztere dadurch reicher geworden ist.“ (§ 107 KO. vom 8. Mai 1855.) „Gegen Rückgewähr des Empfangenen muß dem Erwerber seine etwaige Gegenleistung vollständig erstattet werden. Wenn jedoch dem Erwerber bekannt war, daß der Schuldner die Rechtshandlung nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevorteilen, so kann er sich wegen Erstattung der Gegenleistung nur an den Schuldner halten“ (§ 13 Abs. 1 AnfG. vom 9. Mai 1855).

Die Erstattung der Gegenleistung erscheint hier als die unmittelbare und regelmäßige Folge der Anfechtung, die insoweit nicht nur für, sondern auch gegen den Anfechtenden wirkt. Letzterer muß die ihm nachteiligen Folgen tragen, die daraus entstehen, daß das angefochtene Geschäft zwischen ihm und dem Anfechtungsgegner als nicht vorhanden gilt. Er kann es nicht nur zu seinen Gunsten der Wirkungen berauben, er muß es — allerdings unbeschadet der Fortwirkung zwischen den ursprünglichen Geschäftsparteien — aus dem Wege räumen, beseitigen, und wird nur dem unredlichen Anfechtungsgegner gegenüber aus Billigkeitsgründen gegen die Härten dieser Auflage geschützt. Eine solche Gegenwirkung kann man nicht mehr als eine Anfechtung im wirtschaftlichen Erfolge bezeichnen, sie greift, allerdings in anderer Weise wie die Anfechtung des BGB., aber auch in anderer Weise als die „obligatorische Anfechtung“ im Sinne der Verfasser der Motive zum

Entwurf, in den Rechtsbestand der angefochtenen Rechtshandlung, nicht bloß in deren wirtschaftliche Folgen, ein[18]).

Einen ausgeprägten Gegensatz zu der in den preußischen Gesetzen vorfindlichen Behandlung der Gläubigerbenachteiligung bildet das Römische und Gemeine Deutsche Recht, dessen unter dem Namen der actio Pauliana zusammengefaßte Rechtsbehelfe als Normalbeispiele der sog. obligatorischen Gläubigeranfechtung gelten.

„Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, ... actionem dabo“,

so lautet in abgekürzter Form das prätorische Edikt, das den Digestentitel „quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur“ 42. 8. einleitet.

Vergebens suchen wir hier nach einer dem Anfechtungsberechtigten obliegenden Gegenwirkung gegen das fraudationis causa gestum. Die Gegenwirkung geht hier allein vom Prätor aus, sie erfolgt mittels der Worte: de his actionem dabo“. Der Anfechtungsberechtigte hatte nichts weiter zu tun, als diese Gegenwirkung des Prätors sich zu eigen zu machen, also eine den Ediktsworten entsprechende Formel in jure nachzusuchen. Seine Gegenwirkung bestand nur darin, daß er das erwirkte judicium bis zum obsieglichen Urteil verfolgte und die Geldsummen, in die der fraudis non ignarus ihm verurteilt wurde, beitrieb.

Wie unter diesen Umständen der Name „Anfechtungsklage“ für die actio Pauliana aufgekommen ist, mag schlecht erklärlich erscheinen. Savigny, auf den der Gebrauch zurückgeführt

18) Dies wird insbesondere auch von dem vormaligen Preußischen Obertribunal anerkannt. Entsch. 73, 127 f.

wird[19]), bezeichnet die sämtlichen Fälle der „unvollständigen Ungültigkeit" als Gegenwirkung gegen juristische Tatsachen. Als ersten Fall der Gegenwirkung führt er die Klage und als deren Beispiele die actio quod metus causa und actio Pauliana auf. Hieraus wird klar, daß er den Begriff der „Gegenwirkung" im denkbar weitesten Sinne genommen hat. Er umfaßt mit der juristischen Gegenwirkung, der gegen den Rechtsbestand eines Geschäfts gerichteten Handlung, auch Fälle der nicht juristischen Gegenwirkung, in denen es sich um lediglich tatsächliche Herstellung eines wirtschaftlichen Gegengewichts gegen den schädigenden Rechtserfolg handelt. Mit der Verfeinerung der Rechtssprache, die in der Anfechtung nur noch Fälle der juristischen Gegenwirkung gegen juristische Tatsachen umfaßt, hätte demnach die Bezeichnung der actio Pauliana als Form der Anfechtung betrüglicher Geschäfte wieder verschwinden müssen. Zwar läßt sich für die Aufrechterhaltung des Sprachgebrauchs vorbringen, daß die Klage des Anfechtungsberechtigten jedenfalls eine Mißbilligung der betrüglichen Rechtshandlung, und insoweit deren Verneinung, zur Grundlage hatte. Aber die bloße Mißbilligung ist noch keine Gegenwirkung, es würde, damit sie deren Namen verdiente, das selbständige Hervortreten der Mißbilligung in der Form des rechtsgeschäftlichen oder prozeßrechtlichen Vorgehens erforderlich gewesen sein.

Nun besteht freilich Meinungsstreit darüber, ob die jetzt allgemein unter dem Namen „actio Pauliana" zusammengefaßten Rechtsbehelfe nicht wenigstens zum Teil dingliche Wirkung gehabt haben. Huschke[20]) erblickt sogar in der „actio rescissoria in rem" die Form der eigentlichen actio Pauliana im engeren Sinne. Bei dieser Klage hätte man mit Recht von

19) System 4, 537.

20) Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß, N. F. 14, 1 ff.

einer juristischen Gegenwirkung gegen die Tatsache des Eigentumsüberganges reden können. Inst. IV. 6 § 6 heißt es:

Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis a ejus creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, eam rem petere, id est dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

Aber die rescissoria in rem actio ist für das deutsche Recht nicht zur Geltung gekommen[21], vielmehr in der überarbeiteten Gestalt, in der die jetzt so genannte actio Pauliana in den Digesten erscheint, vollständig untergegangen. Vorsichtige gemeinrechtliche Schriftsteller, wie z. B. Windscheid, vermeiden übrigens die Bezeichnung der actio Pauliana als Anfechtungsklage überhaupt. Wäre Savignys allgemeiner Anfechtungsbegriff herrschend geworden, dann hätte man auch Klagen wie die condictio sine causa, insbesondere die condictio indebiti, Klagen auf Grund vorbehaltener Rücktrittsrechte oder auf Redhibition der gekauften Sachen als Fälle der Anfechtung bezeichnen können. Mit Grund läßt sich hiernach behaupten, daß die preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und das preußische Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855 durch die Bezeichnung der Gegenwirkung der verkürzten Gläubigerschaft (des Einzelgläubigers) als „Anfechtung" diesen Rechtsbehelf auf eine ganz neue und von den Grundsätzen des gemeinen Rechts sich entfernende Grundlage gestellt haben. Sie fassen die Gegenwirkung nicht als lediglich wirtschaftliche Wiederausgleichung der Verkürzung zu Gunsten der benachteiligten Gläubigerseite, sondern als rechtliche Hinwegräumung des Geschäfts, das die Ursache des nachteiligen Dritterwerbs bildet. In diesem Sinne geht also die Anfechtung der gedachten

21) Lenel, Anfechtung von Rechtshandlungen nach klassischem römischen Recht (1903) namentlich S. 10 f. Anm. 14 das.

Gesetze jedenfalls „in rem“, mag man auch über die Art der Rückgewähr — ob sie mittels dinglichen oder obligatorischen Anspruchs erfolgt — verschiedener Meinung sein.

Auf den preußischen Gesetzen von 1855 aber fußen die Konkursordnung von 1877 und das Anfechtungsgesetz von 1879. Man ist daher zu der Annahme berechtigt, daß auch diese Gesetze die Anfechtung nicht in dem vergleichsweise untechnischen Sinne erfaßt haben, wie sie bei Bezeichnung der gemeinrechtlichen actio Pauliana als Anfechtungsklage vorausgesetzt werden muß, sondern in dem besonderen technischen Sinne der juristischen Gegenwirkung gegen den Rechtsbestand der anzufechtenden Handlung, wie er in den preußischen Gesetzen von 1855 zur Verwendung gekommen ist. Diese Annahme wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Anfechtung der Reichsgesetze in der Durchführung sich wieder von der preußischen Vorlage entfernt und der gemeinrechtlichen „Anfechtungs“form sich zunähert. Der Grundgedanke bleibt bestehen, daß die Rechtshandlungen selbst es sind, die der Gegenwirkung unterliegen, nicht bloß ihr wirtschaftlicher Erfolg. Insbesondere wird auch dadurch keine grundsätzliche Aenderung herbeigeführt, daß das Wort „ungültig“ durch „unwirksam“ ersetzt worden ist. Sicher ist hiermit eine Abschwächung der Gegenwirkung bezeichnet. Sie zeigt sich namentlich darin, daß bei der Konkursanfechtung die Gegenleistung aus der Konkursmasse nur zu erstatten ist, soweit sie sich in der Masse befindet, oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist, darüber hinaus aber der Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden kann; ferner darin, daß bei der Einzelanfechtung wegen Erstattung einer Gegenleistung oder im Fall einer anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung der Empfänger sich nur an den Schuldner halten kann. Aber dem anfechtbaren Erwerb gegenüber kann die Gegenwirkung keine andere Bedeutung

haben, als wie sie aus den preußischen Gesetzen hervorgeht. Der Erwerb bleibt also nicht, wie nach gemeinem Recht, als unangreifbare Rechtstatsache bestehen, sondern er wird wirklich dem Anfechtungsgläubiger gegenüber seiner Rechtsnatur entkleidet.

Hieraus ist weiter zu entnehmen, daß die Reichsgesetze von 1877 und 1879 das Wort „unwirksam" nicht in dem allgemeinen, unbestimmten und farblosen Sinne gebraucht haben können, wie er sonst zur Zeit ihrer Vorbereitung üblich gewesen sein mag, sondern in der bestimmten Absicht, hiermit zu den preußischen Gesetzen von 1855 in Gegensatz zu treten und für den dort vorgefundenen Ausdruck „ungültig" einen angemessenen Ersatz zu schaffen. An diesem Ausdruck „ungültig" muß daher der Ausdruck „als unwirksam anfechten" gemessen werden. Man wird nicht fehlgehen, wenn man sich hierbei einen Gegensatz vorstellt, wie er zwischen der Richtigkeit und der Unwirksamkeit im Sinne des BGB. besteht. Unwirksamkeit bezeichnet hiernach einen Mangel, wie er, ohne den Geschäftstatbestand anzutasten, in der verschiedenartigsten Weise dessen rechtsändernden Einfluß zu hemmen oder aufzuheben vermag. Als „unwirksam anfechten" heißt demnach: den rechtsändernden Einfluß der angefochtenen Rechtshandlung, soweit er zwischen den Anfechtungsparteien Bedeutung hat, beseitigen.

Das Aenderungsgesetz hat hiernach weder die bisherige Auffassung der Konkursordnung von 1877 und des Anfechtungsgesetzes von 1879 bestätigt, noch das bisher geltende Recht abgeändert. Es hat den von der bisherigen Auffassung verkannten Zusammenhang zwischen dem preußischen Konkurs- und Anfechtungsgesetz von 1855 aufs neue zur Geltung gebracht und den in diesen Gesetzen vorgefundenen Anfechtungsbegriff, seiner Verwandtschaft mit der Anfechtung des BGB. entsprechend, praktisch ausgestaltet.

Die Meinung Kohlers, daß durch die Gleichstellung der Gläubigeranfechtung mit der Geschäftsanfechtung des BGB. eine jahrhundertlange Entwickelung „umgekrempelt“ [22]) worden sei, entspricht der geschichtlichen Entwickelung nicht. Es handelt sich vielmehr um einen zunächst zwischen der gemeinrechtlichen Auffassung und dem preußischen Konkursrecht von 1855 hervorgetretenen Gegensatz, den nach obiger Darlegung die Konkursordnung von 1877 und das Anfechtungsgesetz von 1879 in den Grundlagen zu Gunsten des preußischen Rechts entschieden haben.

Auch eine Aenderung des Sprachgebrauchs hat nicht stattgefunden. Das Aenderungsgesetz versteht unter „Anfechtung“, was schon die preußischen Gesetze von 1855 unter diesem Namen verstanden haben. Hat die gemeinrechtliche Lehre für die unter dem Namen der Paulianischen Klage bekannten Rechtsbehelfe gleichfalls die Bezeichnung „Anfechtung“ verwendet, so haben schon die preußischen Gesetze diesen Sprachgebrauch nicht übernommen, vielmehr mit dem Namen „Anfechtung“ eine Bedeutung verbunden, die, entsprechend dem Sprachgebrauch der Motive zum Entwurf des BGB., für die Paulianischen Rechtsbehelfe die Bezeichnung als „Anfechtung“ ausschloß.

IV.

Die Konkurs- und Gläubigeranfechtung hat demnach, wenn die bisherige Entwickelung Beifall verdient, in dem preußischen Konkurs- und Anfechtungsgesetze von 1855 eine zu der gemeinrechtlichen actio Pauliana gegensätzliche Bahn eingeschlagen, die von der Reichsgesetzgebung in der Konkursordnung von 1877 und dem Anfechtungsgesetz von 1879 verfolgt und in dem Aenderungsgesetz von 1898 bis zum Anschluß an die An-

22) Leitfaden des KR. 138.

fechtungslehre des BGB. durchgeführt worden ist. An die Stelle der auf obligatorischem Wege zu bewirkenden Wiederausgleichung, die den Rechtsbestand des benachteiligenden Geschäfts nicht nur zwischen den Geschäftsparteien, sondern auch jedem Dritten gegenüber unverändert läßt, ist die rechtsändernde Beseitigung des für den Anfechtungsgegner erworbenen Erwerbstitels getreten, dessen Folgen durch die an die Rechtsänderung sich anschließende Rückgewähr in Wirklichkeit umgesetzt werden.

Das Römische Recht kannte die Beseitigung eines rechtsgeschäftlichen — oder durch einseitige Rechtshandlung vermittelten — Erwerbstitels vermöge der Einwirkung eines geschäfts- oder prozeßmäßig Unbeteiligten nicht. Die Natur der betreffenden Geschäfts- oder Rechtshandlung bestimmte mit der für die geschäfts- oder prozeßmäßig Beteiligten eintretenden Rechtswirkung zugleich die Wirkung für jeden Dritten. Die Uebertragung der Wirkungen war im Wege der Rechtsnachfolge möglich, die außerhalb der Rechtsnachfolge denkbare Einmischung Dritter zum Zwecke der Veränderung oder Beseitigung des Geschäftsstandes hingegen ausgeschlossen[28]). Dementsprechend beschränkten sich aber auch die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden, wenn man von den verhältnismäßig seltenen Geschäften in Personenstandsangelegenheiten (Emanzipation, Adoption, Eheschließung, Freilassung u. dergl.) absieht, auf die Geschäftsparteien. Niemand hatte das Recht, durch die Gegenwirkung gegen die Rechtsfolgen eines zwischen anderen Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts in einen ihm fremden Vermögenskreis überzugreifen.

---

28) Man vergleiche die Stellung des Gläubigers, zu dessen Nachteil ein Sklave freigelassen war. Hier war die Benachteiligungsabsicht ein Hindernis der Freilassung Gai. I, 37, 47 „nihil agit", ein Geschäft, in das der Gläubiger sich hätte einmischen können, bestand demnach im zivilrechtlichen Sinne überhaupt nicht, vergl. auch l. 1 § 1 D. de statu lib. 40, 7.

Diese Grundsätze werden bei der Behandlung der Konkurs- und Gläubigeranfechtung auch jetzt noch vielfach bewußter- oder unbewußterweise festgehalten. Und doch muß mit ihnen gebrochen werden, wenn man die preußischen Konkursgesetze, die Reichskonkursordnung von 1877 und das Anfechtungsgesetz von 1879 verstehen will.

Die Anfechtung fremder Geschäfte oder Rechtshandlungen unter Lebenden als „ungültig“ oder „unwirksam“ ist erst durch die veränderten Anschauungen des modernen Rechts möglich geworden, die schon in der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung (§ 54 I 50) zum Ausdruck gekommen sind. Sie beruht auf dem Gedanken, daß aus überwiegenden Gründen der Gerechtigkeit oder Billigkeit einem privatrechtlich unbeteiligten Dritten, dem über die Geschäftsführung der Geschäftsparteien eine Kontrolle an sich nicht zusteht, die Befugnis zustehen müsse, ein ihm nachteiliges Geschäft zu mißbilligen, innerhalb der Grenzen seines eigenen Rechtsbedarfs der Rechtswirkung zu entkleiden und in seinen Folgen rückgängig zu machen. Durch diese Befugnis tritt der privatrechtlich unbeteiligte Dritte zu dem ihm fremden Geschäft in eine Stellung, die der des nach bürgerlichem Recht Anfechtungsberechtigten vergleichbar ist.

Bei der Geschäftsanfechtung geht die Anfechtung von demjenigen aus, der durch Drohung oder Täuschung zum Abschluß des Geschäfts bewogen ist. Das Recht zur Berichtigung des Rechtsverhältnisses ergibt sich aus der Gemeinschaftlichkeit des Geschäfts. Eine ähnliche Gemeinschaft ist zwischen dem anfechtungsberechtigten Konkursverwalter oder Vollstreckungsgläubiger einerseits und den Parteien der anzufechtenden Rechtshandlung nicht nachweisbar. Man muß den gesetzgeberischen Beweggrund für die Zulassung der Einmischung des Gläubigers in den Rechtsbestand des ihm fremden Geschäfts in allgemeineren Erwägungen suchen.

Die aus der Heiligen Schrift uns geläufige Vorstellung, daß wir nicht absolute Gebieter, sondern nur Haushalter unseres Vermögens sind, kann nicht herangezogen werden. Daraus, daß wir für uns selbst nur als Haushalter wirtschaften sollen, folgt noch nicht, daß wir als Haushalter unserer Gläubiger zu wirtschaften haben. Aber das moderne Kreditwesen legt doch dem einzelnen in Betreff des Gebahrens mit seinem Vermögen Beschränkungen auf, die das römische Recht mit seinem mangelhafter entwickelten Verkehrs- und Kreditrecht in dieser Weise nicht kannte. Wer fremden Kredits entbehren kann, mag mit seinem Hab und Gut verfahren, wie er es vor seinem Gewissen verantworten kann. Wer aber fremden Kredit in Anspruch nimmt, der muß bei allem, was er geschäftlich vornimmt, sich gegenwärtig halten, ob das Geschäft mit der Pflicht eines ehrenhaften Schuldners im Hinblick auf die Möglichkeit, seine Gläubiger zu befriedigen, vereinbar ist.

Für den Geschäftspartner gilt der Grundsatz „trau, schau, wem?“ Wer mit einem anderen sich einläßt, muß prüfen, ob dieser nicht nur mit Rücksicht auf die Fähigkeit und den guten Willen eines redlichen Geschäftsmannes in Betreff auf das vorliegende Geschäft begabt ist, sondern auch, ob er mit Rücksicht auf seine Geschäfts- und Vermögenslage ein Geschäft der vorliegenden Art unbedenklich vornehmen kann. Wer von einem Unbekannten oder von einem Menschen, dessen zweifelhafte Vermögenslage ihm bekannt ist, Geschenke oder innerhalb des regelmäßigen Verkehrs nicht übliche Geschäftsvorteile annimmt, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er das Erworbene nicht behalten kann, sondern an solche Gläubiger herausgeben muß, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Vermögen des Veräußerers wohl erworben haben.

Es ist daher nicht nötig, den Umweg einzuschlagen, daß man den Erwerber wegen seiner etwaigen Unredlichkeit zur

Erstattung des Wertes des Empfangenen nötigte. Schon der Empfang selbst ist es, der den Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Zwar kann man nicht sagen, daß der Empfänger ohne Rechtsgrund empfangen habe, daß der Rechtsgrund stets verwerflich sein müsse oder daß er infolge der Anfechtung durch den Verwalter oder den betreffenden Einzelgläubiger „hinweggefallen" sei; denn zwischen den Geschäftsparteien bleibt ja der Rechtsgrund, soweit er überhaupt vorhanden ist, bestehen. Aber der Rechtsgrund vermag den Empfänger nicht mehr zu decken, wenn er in die Lage kommt, dem Anfechtungsgläubiger gegenüber den Rechtsbestand des Geschäfts prüfen lassen oder gar selbst rechtfertigen zu müssen.

Nun kann man freilich auch nach diesen Erwägungen sich immer noch auf den Standpunkt stellen: durch derartige allgemeine Rücksichten ist eine so einschneidende Maßregel, wie die Ungültig- oder Unwirksamkeitserklärung fremder Geschäfte es sein würde, nicht gerechtfertigt. Wer diesen Standpunkt teilt, muß jene Erwägungen in das Gebiet der Volkswirtschaft zurückweisen, dem sie ja durch ihre Entstehung angehören. Aber es kommt noch ein anderer Umstand in Frage, und dieser liegt in den Bestrebungen des modernen Vollstreckungsrechts.

Wer einen vollstreckbaren Titel hat, dem steht das Recht zu, aus dem gesamten der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen seines Schuldners sich zu befriedigen. Das Vermögen ist aber ein Gesamtinbegriff, dessen Umfang sich je nach dem Zeitpunkte, der für seine Feststellung maßgebend ist, verschieden bestimmt. Entscheidet hier nun stets der Zeitpunkt des Zugriffs oder kann auch ein diesem Zeitpunkt vorangehender früherer Zeitpunkt maßgebend werden?

Wer sich mit dem Erfolge begnügt, den die jeweilige Anwendung der einzelnen Vollstreckungsmittel hat, kann keinen Wert auf die Aufstellung eines Vermögensmaßstabs aus früherer

Zeit legen. Anders liegt die Sache aber, wenn dem Gläubiger das Recht zuerkannt wird, dem Schuldner gegenüber aus allem Befriedigung suchen zu dürfen, was Dritte als dessen Vermögen gelten lassen müssen, und so, wie sie es gelten lassen müssen. Denn dann gewinnt der Vollstreckungsgläubiger diesen Dritten gegenüber das Recht, die Grenze zwischen dem Schuldnervermögen und deren übrigem Vermögen ohne Rücksicht auf den zur Zeit der Anwendung der gewöhnlichen Vollstreckungsmittel unterliegenden Bestand festzustellen. Hat durch irgendwelche Rechtshandlungen des Schuldners — bei der Konkursanfechtung können es auch Rechtshandlungen des Dritten selbst sein — die Grenze zwischen den Vermögensgebieten des Schuldners und des Dritten zu Ungunsten des Vollstreckungsgläubigers oder des Verwalters in einer vom Gesetze mißbilligten Weise sich verschoben, so gibt das Gesetz dem Vollstreckungsgläubiger (Verwalter) das Recht, die Grenze wieder auf den früheren, der Mißbilligung des Gesetzes nicht unterliegenden Stand zurückzuschieben. Die Folge hiervon ist: der Dritte ist, wenn die Berichtigung der Grenze ordnungsmäßig vorgenommen ist, Inhaber eigenen und fremden Vermögens geworden, und muß dieses letztere, soweit es das Bedürfnis der Vollstreckungspartei erfordert, zum Zwecke der Befriedigung dieser letzteren herausgeben.

Hier wird nun von der herrschenden Lehre ein Vorbehalt gemacht, der diese Pflicht zur Herausgabe (Rückgewähr) auf mittelbarem Wege aufhebt und in eine von der Rückgewähr in der eigentlichen Bedeutung des Wortes verschiedene Eintrittspflicht verwandelt. Der Dritte soll nicht etwa, gleich dem geständigen Inhaber zum Schuldnervermögen gehöriger körperlicher Sachen, diese unter Anerkennung des richtigen Eigentumsverhältnisses zur Vollstreckung herausgeben, sondern er soll unter Aufrechterhaltung seines eigenen Vermögens innerhalb

des gläubigerischen Vollstreckungsrechts selbst als Vollstreckungsgegner eintreten — dem Konkursverwalter den betreffenden Gegenstand für die Masse von neuem übereignen. Diese Form der Rückgewähr würde den Grundsätzen des römischen Rechts entsprechen, dessen Vollstreckungsrecht eine Erstreckung der Grenzen des Schuldnervermögens über den Bestand zur Zeit des Vollstreckungszugriffs nur in Gestalt der persönlichen Betrugsklage oder Einrede kannte, aber nicht den Grundsätzen der preußischen Konkursgesetze von 1855, welche in der Gläubigeranfechtung ein Hilfsmittel im Dienste der gegen den eigentlichen Schuldner zu richtenden Vollstreckung schaffen wollten. Sie entspricht aber auch nicht den Zielen der Konkursordnung von 1877 und des Anfechtungsgesetzes von 1879. Auch diese wollen ein Hilfsrecht für die Vollstreckung schaffen. Aber die herrschende Lehre verläßt diesen auch von ihr nicht in Abrede gestellten Gesichtspunkt sofort, um an die Stelle einer vom Gläubiger zum Titelschuldner gehenden Vollstreckung eine selbständige neue Vollstreckung zu setzen, deren Titelschuldner der Anfechtungsgegner, dessen Gegenstand das Vermögen dieses letzteren ist[24]). Ein Titel gegen den Anfechtungsgegner ist zwar unentbehrlich, wenn dieser nicht freiwillig — z. B. in der Form des § 809 ZPO. — leistet. Aber nach der herrschenden Lehre lautet dieser Titel auf „Duldung der Vollstreckung als neuer Vollstreckungs-

---

24) Diese Ansicht ist neuerdings vom Reichsgericht zurückgewiesen (60, 425 f.). Dort ist die Eintragung einer Sicherheitshypothek (§ 866 ZPO.) und demgemäß einer Vormerkung nach § 883 BGB. auf dem anfechtbarerweise erworbenen Grundstücke für unzulässig erklärt, weil die Verpflichtung des Anfechtungsgegners nicht auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an dem anfechtbarerweise veräußerten Grundstück, sondern auf Duldung der Zwangsvollstreckung gehe. Mit Recht aber bemerkt Hellmann, KrVJSchr. 46, 144, daß die Duldung der Zwangsvollstreckung nicht Inhalt einer privatrechtlichen Verpflichtung sein kann. Folglich, sei hier hinzugesetzt, muß der privatrechtliche Grund in der Anlehnung an einen fremden Schuldgrund und Schuldtitel gesucht werden.

schuldner". Nach der hier vertretenen Auffassung braucht der Anfechtungsgegner die Anfechtungsfolgen überhaupt nicht zu „dulden", denn diese treten von Rechts wegen ein. Was er dulden muß, ist entweder die Vollstreckung gegen den ursprünglichen Schuldner, der er als akzessorisch beteiligter Mitvollstreckungsschuldner hinzutritt, oder, wenn diese Beteiligung gegenstandslos geworden ist, die Vollstreckung wegen seiner Ersatzleistungen.

Formell, d. h. gewahrsamsmäßig, gehört das Sachvermögen ja noch dem Anfechtungsgegner. Aber diese Form ist dem Anfechtungsberechtigten gegenüber zu einem bloßen Schein geworden, der seinen Zugriff ebensowenig hindert, wie im Falle des § 809 ZPO. der bisherige Drittgewahrsam. Der gegen den Anfechtungsgegner zu erwerbende Titel hat grundsätzlich den Zweck, jenen zur Anerkennung und tatsächlichen Berichtigung des Scheinverhältnisses zu nötigen. Doch wird es durch dies Verhältnis nicht ausgeschlossen, daß die tatsächliche Ausführung der Vollstreckung gegen den Anfechtungsgegner mit derjenigen gegen den ursprünglichen Vollstreckungsschuldner unter Verwischung der äußerlichen Grenzen zusammenfließt, oder daß, wenn die Ausführung der Rückgewähr in Natur unmöglich ist, an die Stelle dieser ein Ersatzanspruch tritt, dessen Titel- und Vollstreckungsschuldner selbstverständlich niemand anders als der Anfechtungsgegner sein kann.

Die eigentlichen Gründe, welche dazu geführt haben, an die Stelle der Duldung fremder Vollstreckung die Eintrittspflicht des Anfechtungsgegners als Vollstreckungsschuldners zu setzen, entstammen, soweit sich ersehen läßt, verschiedenartigen Quellen. Für die einen liegen sie darin, daß ihnen der Gegensatz des römischen und des für die Reichsgesetzgebung vorbildlich gebliebenen preußischen Systems nicht deutlich geworden ist, und daß sie sich demgemäß daran gewöhnt haben, den Sprachgebrauch der preußisch-rechtlichen und reichsrechtlichen Vor-

schriften im Sinne der gemeinrechtlichen Auffassung auszulegen. Wendungen wie: „daß die Gläubigerschaft das Weggegebene von dem Erwerber zur Konkursmasse zurückfordern könne" (§ 106 PrKO.) oder „der Gläubiger ist berechtigt" zu verlangen" (§ 12 PrAnfG.)[25]) geben natürlich einen ganz verschiedenen Sinn, je nachdem man sie im Zusammenhange mit der „Ungültigkeit" der Rechtshandlung oder außerhalb dieses Zusammenhanges in Betracht zieht.

Andere legen das Hauptgewicht auf die Selbständigkeit der Konkurs- und Gläubigeranfechtung im Verhältnis zur rechtsgeschäftlichen Anfechtung des bürgerlichen Rechts[26]). Sie glauben, diese Selbständigkeit aufzugeben, wenn sie die anfechtbaren Rechtshandlungen als „ungültig" oder „unwirksam" in rein verneinendem Sinne gelten lassen sollen, und bleiben daher, um jene Selbständigkeit dennoch zu retten, für § 29 KO. und § 1 AnfG. bei der Deutung der Unwirksamkeit als „Entkräftbarkeit" stehen. Sie beachten eben nicht, daß völlige Selbständigkeit der Konkurs- und Gläubigeranfechtung auch für die Vertreter der von ihnen bekämpften Meinung gewahrt bleibt. Es ist unmöglich, die Konkurs- und Gläubigeranfechtung rechtlich unter die Regeln der Geschäftsanfechtung des bürgerlichen Rechts zu bringen. Die Konkurs- und Gläubigeranfechtung fußt nicht auf der Hervorkehrung von Willens*mängeln*, sondern von Willens*verfehlungen*. Nicht, weil mangelhaft gewollt ist, sondern weil der Wille des Urhebers der betreffenden Rechtshandlung sich über *gesetzliche Schranken* hinweggesetzt hat, wird die Anfechtung gestattet. Die Anfechtung selbst aber kann niemals zur Richtigkeit der angefochtenen Rechtshandlung führen. Sie behält ihre Wirkungen zwischen dem

25) *Jäger*, Komm. KO. § 29 Anm. 10, AnfG. § 1 Anm. 16.

26) In dieser Richtung bewegen sich namentlich die Ausführungen von *Oertmann*, ZZP. 33, 26 ff.

Gemeinschuldner (Schuldner) und dem Anfechtungsgegner. Was für „ungültig“ oder „unwirksam“ erklärt wird, sind überhaupt nicht die Rechtsänderungen in ihrer für die unmittelbaren Geschäftsangehörigen der Rechtshandlung vorliegenden Gestalt, sondern es ist der Rückschlag, den diese Rechtshandlungen auf die vermögensrechtliche Leistungsfähigkeit des Gemeinschuldners (Schuldners) im Verhältnis zu anderen Gläubigern ausüben, namentlich also der Einfluß auf den Bestand des vollstreckungsbereiten Vermögens. Es sind Wirkungen von sekundärer Natur, die für die Rechtshandlung nicht die Bedeutung von Zwecken, sondern von Beweggründen haben, allerdings oft der eigentliche Anlaß zur Vornahme der Handlungen sind. Demgemäß kommt es, wenn Schleudergeschäfte gemacht sind, der Anfechtung nicht darauf an, den Verkäufer wieder in den Besitz der mit großem Nachteil veräußerten Sachen zu setzen. Vielmehr ist ihr der Schutz des Verkäufers gleichgültig, ja sie verweist den Erwerber des Kaufgegenstandes auf dessen Gewährpflicht, und es ist ihr einzig darum zu tun, die Kaufsache der bisher ausgeschlossenen Vollstreckung wieder zu unterwerfen. Ist eine nicht fällige Forderung bezahlt worden, so fragt die Anfechtung nicht darnach, ob und wie die Forderung wieder auflebt, sondern sie hat nur den Zweck, das Zahlungsmittel für das vollstreckungsbereite Vermögen zurückzugewinnen. Für den Schutz des Schuldners, der durch Tilgung der Forderung ein — freilich dem Zugriff anderer Gläubiger entzogenes — Aequivalent empfangen hat, ist hier überhaupt kein Anlaß. Ist eine Schenkung anfechtbar, so ist sie es nicht, weil der Urheber unter den obwaltenden Umständen keine Veranlassung zum Schenken gehabt hätte, sondern weil er dem Erfolge nach aus fremder Tasche geschenkt hat.

Ueberall ergeben sich also Gesichtspunkte, die der Einmischung des Anfechtungsberechtigten in den eigentlichen Ge-

schäftsinhalt entgegenstehen. Was der Beseitigung unterliegt, ist freilich ein nicht bloß ökonomischer Nebenerfolg, sondern die Rechtsänderung selbst, die den Erfolg nach sich gezogen hat. Aber es ist ein wesentliches Erfordernis, daß die Beseitigung von einer dem Geschäft als Rechtsvorgang fremden Person ausgeht.

Dem entspricht auch die Auffassung der Motive zur KO., die an grundlegender Stelle ausführen: „Hatte z. B. der Gemeinschuldner eine Sache verkauft, so wird zwar trotz des Verkaufs die Sache dem Käufer entwährt, das Kaufgeschäft selbst aber bleibt, allerdings jetzt mit Gewährspflicht, zwischen Verkäufer und Käufer bestehen“ [27]).

Schon in den Motiven ist es demnach zur Erkenntnis gekommen, daß eine Gegenwirkung gegen den Rechtsbestand einer Rechtsänderung ohne Aufhebung des grundlegenden Geschäfts möglich sei. Diese Erkenntnis aber mußte zu der Ueberzeugung führen, daß eine solche Gegenwirkung der Geschäftsanfechtung des BGB. näher stehe als dem obligatorischen Ausgleichsverlangen der gemeinrechtlichen actio Pauliana.

Aus dieser Ueberzeugung heraus haben die Verfasser des Entwurfs zum Konkursänderungsgesetz die Anpassung der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes an das BGB. betrieben. Man kann ihnen nicht den Vorwurf machen, daß sie — bewußter- oder unbewußtermaßen — es unternommen haben, eine Aenderung des materiellen Rechts mit Hilfe formeller Anschlußvorschriften herbeizuführen. Das materielle Recht, das diesen Vorschriften entspricht, fand sich bereits in den Bestimmungen der preußischen Gesetze vom 8. und 9. Mai 1855, es fand sich auch in der Konkursordnung von 1877 und dem Anfechtungsgesetz von 1879 vor. Wenn den Verfassern der Mo-

27) Mot. zu § 22 der KO. älterer Fassung, S. 112.

tive zum Aenderungsgesetze ein Vorwurf zu machen ist, so besteht dieser vielmehr darin, daß sie jenen Zusammenhang nicht klar erkannt oder — angesichts der nicht zu übersehenden starken Gegenströmung in Theorie und Praxis — nicht entschieden ausgesprochen haben.

V.

Durch die bisher gewonnenen Ergebnisse wird ferner das Abänderungsgesetz von einem argen Fehler gereinigt, den die gegenteilige Meinung ihm aufgebürdet hat. Nach letzterer enthält die Konkursordnung in den §§ 7 und 29 zwei verschiedene Formen von Unwirksamkeit, ohne daß der zwischen beiden bestehende Unterschied äußerlich bezeichnet ist. In § 7 soll die „Unwirksamkeit" soviel bedeuten, wie die aus der früheren Fassung dieser Gesetzesvorschrift sich ergebende relative Nichtigkeit; in § 29 soll „unwirksam" nichts anderes heißen als „der normalen Wirkungen entbehrend oder entkräftbar". Die hier vertretene Auffassung hat diesen Unterschied hinweggeräumt: „unwirksam" bedeutet in §§ 7 und 29 gleichmäßig nichts anderes als „einflußlos für die Herstellung des gewollten Rechtserfolges". Der grundlegende Unterschied zwischen beiden Unwirksamkeitsfällen besteht vielmehr darin, daß die Unwirksamkeit der nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen ohne Beschränkungen auf die bei der Rechtshandlung unmittelbar beteiligten Personen von Rechts wegen besteht, während die Unwirksamkeit als Grundlage der Anfechtung niemanden berührt, gegen den sie nicht in der gesetzlichen Form und Frist „hervorgekehrt" worden ist.

Die Unwirksamkeit der nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen beruht auf dem in jenem gerichtlichen Akte liegenden Veräußerungsverbot. Der in § 6 KO. ausgesprochene Verlust des Verwaltungs- und Verfügungs-

rechts und die diesem entsprechende Uebertragung jener Rechte auf den Konkursverwalter kann hingegen als die unmittelbare Ursache der Unwirksamkeit nicht gelten. In unserem geltenden Konkursrecht, das dem Gemeinschuldner die Vermögens- und Geschäftsfähigkeit grundsätzlich beläßt und der Möglichkeit nach neben der Konkursmasse stets ein Gebiet konkursfreien Vermögens anerkennt, kann die Gesetzesvorschrift des § 6 nur ein grundlegendes Programm in sich fassen. Die Unwirksamkeit des § 7 trifft diejenigen Rechtshandlungen, die nicht entweder nach gesetzlicher Vorschrift oder zufolge wirksamer Gegenmaßregeln des Konkursverwalters ihre rechtliche Bedeutung den Konkursgläubigern gegenüber ohnehin eingebüßt haben. Nicht hingegen ist die Vorschrift des § 7 KO. als ein Privileg des Gemeinschuldners aufzufassen, auch nach der Konkurseröffnung Rechtshandlungen in Betreff der Masse unbeschadet ihrer relativen Wirkungslosigkeit den Konkursgläubigern gegenüber mit der früheren Rechtsbeständigkeit ausüben zu dürfen[28]). Der Verwalter muß, wenn er seiner Aufgabe genügen soll, in der Lage sein, den in manchen Fällen ungenügenden Schutz des § 7 KO. durch stärkere Sicherungsmaßregeln entbehrlich zu machen. Und nicht weniger muß es anderen Beteiligten freistehen, die Teilnahme an Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, deren Bezüglichkeit auf die Konkursmasse sie erkennen, zu ihrem eigenen Schutze von Rechts wegen zurückzuweisen.

In diesem Sinne verstanden, bietet die Gesetzesvorschrift des § 7 KO. dem Konkursverwalter eine Handhabe, um der Konkursmasse im Sinne des § 1[1] KO. dasjenige zu erhalten, was ihr von Rechts wegen gebührt, ihr aber wegen tatsächlicher Hindernisse bisher nicht in stärker sichernden Verwaltungsformen zugeführt worden ist. Subjekt der geltend zu machenden

---

28) Entgegenstehender Meinung trotz richtigen Ausgangs der Beschluß des Kammergerichts (1. Zivilsenat) vom 12. Juli 1906, RDLG. 14, 72 ff.

Unwirksamkeit kann immer nur der Gemeinschuldner selbst sein. Dies darf man freilich nicht in dem Sinne auffassen, als wenn der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkurses die Fähigerlangt habe, auch von ihm selbst ausgegangene Rechtshandlungen zwar nicht in Person, aber doch durch den Konkursverwalter als seinen gesetzlichen Vertreter nach Belieben — selbst dann, wenn ein Nachteil für die Konkursgläubiger nicht erweisbar oder überhaupt nicht vorhanden ist — umzustoßen. Nach der Vorschrift des Gesetzes behalten vielmehr die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, sofern ihre Geltung nicht aus sonstigen formellen oder materiellen Gründen auch dem Geschäftsbeteiligten gegenüber ausgeschlossen ist (man denke an Handlungen, die wider die Strafgesetze oder wider die guten Sitten verstoßen), jenen Geschäftsbeteiligten gegenüber ihre Wirksamkeit. Dies hat seinen Grund darin, daß der Gemeinschuldner für die Geltendmachung der Unwirksamkeit des § 7 KO. nicht als unabhängiges, sondern als von den durch die KO. gegebenen Rechten der Konkursgläubiger abhängiges Zwangssubjekt in Betracht kommt. Auch nach der Konkurseröffnung ist er im Rechtssinne Inhaber seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens geblieben. Aber seine Stellung hat sich nunmehr so verändert, daß er einmal nur so lange Subjekt dieses Vermögens bleiben darf, als es durch das Beste seiner Konkursgläubiger gestattet wird, und daß er andererseits so lange Subjekt bleiben muß, als das Bedürfnis der Konkursgläubiger dies erfordert. Entgegenstehende Rechtshandlungen werden durch § 7 KO. ihrer Wirksamkeit entkleidet. Die aus der fortdauernden allgemeinen Handlungs- und Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners hervorgehende formelle Unabhängigkeit wird in der Gestalt einer gegenwirkenden Rechtsverfolgung gegen die beteiligten Dritten auf das für die Masse erforderliche richtige Maß zurückgeführt. Man kann hiernach

allerdings sagen: der Gemeinschuldner wird in seiner Eigenschaft als Zwangssubjekt seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens genötigt, dasjenige zurückzuempfangen, was er in seiner Eigenschaft als zwangsfreies Subjekt seiner Rechtshandlungen der Konkursmasse entzogen hat.

Wenn infolge der Anfechtung einer Rechtshandlung innerhalb oder außerhalb des Konkurses jene die Eigenschaften der „Unwirksamkeit“ annimmt, so gilt die angestrebte Rechtsänderung als nicht erfolgt, die frühere Vermögenslage als noch vorhanden. Der Anfechtungsgegner ist nicht mehr rechtlicher Erwerber des veräußerten Vermögensgegenstandes, also muß im Verhältnis zwischen dem Anfechtungsberechtigten und dem Anfechtungsgegner der Gemeinschuldner (Schuldner) rechtmäßiger Inhaber geblieben sein. Trotzdem ist hiermit nicht gesagt, daß auch die Anfechtung notwendigerweise in Vertretung des Schuldners ausgeübt werden muß. Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses ist ein Hilfsmittel der Einzelvollstreckung, also ein Rechtsbehelf in der Hand des Vollstreckungsgläubigers, der ihn nur mit Rücksicht auf seinen eigenen Rechtsvorteil auszuüben hat. Hiermit verträgt sich nicht die Annahme, daß der Einzelgläubiger das Anfechtungsrecht als Vertreter des Schuldners ausübt. In der Anfechtung übt er sein Gläubigerrecht aus. Vermöge der vollstreckungsmäßigen Natur dieses Rechts bringt er hiermit den Schuldner in die Lage eines Vollstreckungsgegners, also eines der Duldung der Vollstreckung an seinem Vermögen unterworfenen Zwangssubjekts. Das Recht auf Rückgewähr macht er aus dem Rechte des Schuldners gleich einem Ueberweisungsgläubiger geltend, dessen Schuldner der eigentliche Vollstreckungsgegner und dessen Drittschuldner der Anfechtungsgegner ist. Natürlich ist der Anfechtungsberechtigte nicht wirklicher Ueberweisungsgläubiger, denn alsdann würden ihm die aus der anfechtbaren

Handlung zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner begründeten Einreden entgegenstehen und die Anfechtung wirkungslos machen. Das Recht zur Anfechtung vertritt also für den Zweck der Rückgewähr zugleich die Legitimation aus vollstreckungsmäßiger Ueberweisung des durch die Anfechtung dem Schuldnervermögen zurückerworbenen Vermögensrechts.

Die entsprechende Anwendung dieser Gesichtspunkte ist für das Konkursverfahren unmöglich. Die einzelnen Konkursgläubiger können als solche nach Eröffnung des Verfahrens im Vollstreckungswege weder Rechte gegen die Masse, noch Rechte für die Masse geltend machen. „Das Anfechtungsrecht wird", wie § 36 KO. es vorschreibt, „durch den Konkursverwalter ausgeübt." Die herrschende, auch vom Reichsgericht vertretene Meinung nimmt aber an, daß die zu einer ideellen Gesamtheit, der Gläubigerschaft, vereinigten Konkursgläubiger die Träger des Anfechtungsrechts im Konkurse sind. Ist diese Annahme richtig, dann müssen die Gläubiger in der Ausübung der Anfechtung als privatrechtliches Hilfssubjekt auftreten, was sie sonst nur unter Voraussetzung eines materiellrechtlich wirksamen Konkurspfand- oder Beschlagsrechts zu tun vermöchten. Es ist nicht zu bezweifeln, daß eine Doppelstellung des Verwalters, wie sie sich aus dieser Annahme heraus mit Notwendigkeit ergibt, bei der Behandlung der Masse schwer überwindliche Schwierigkeiten bietet — Schwierigkeiten, die durch Annahme der amtsgleichen Rechtsstellung des Konkursverwalters verdeckt, aber nicht beseitigt werden. So z. B., wenn es sich darum handelt, den aus einem anfechtbaren Geschäft gegen die Masse gerichteten Aussonderungsanspruch vermittelst der Anfechtungseinrede zurückzuweisen. Erfaßt man jedoch das Anfechtungsrecht als obligatorischen Rückgewähranspruch, so ist die Einschaltung der „Gläubigerschaft" als berechtigtes Subjekt der Anfechtung meines Erachtens ganz folgerichtig, ja unvermeidlich.

Durch die Anfechtung wird ja nicht die Vermögenslage so hergestellt, wie sie vor der Anfechtung war, sondern nur ein Recht gegen den Anfechtungsgegner begründet, dasjenige zurückzugewähren, was in dem Vermögen des Gemeinschuldners ohne die angefochtene Rechtshandlung liegen würde. Ein Recht dieser Art kann dem Gemeinschuldner niemals zugeschrieben werden, denn er könnte es — selbst zum Besten seiner Gläubiger — nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht erwerben. Der Anfechtungsgegner könnte der als Vertreterin des Gemeinschuldners auftretenden Gläubigerschaft entgegenhalten, daß zu einer Vertretung des Gemeinschuldners, auch wenn diese als procura in rem suam gedacht würde, jeder Rechts- oder Billigkeitsgrund fehle.

Geht man hingegen von der hier vertretenen Auffassung der Gläubigeranfechtung als Ursache der Unwirksamkeit der Rechtshandlung aus, dann ergibt sich als natürliche Folge der Gedanke: das Recht des Schuldners muß nicht nur wieder erstehen, wie es vor der angefochtenen Rechtsänderung bestand, sondern es muß auch wieder als Bestandteil der M a s s e erstehen.

Dies darf freilich nicht zu der Annahme führen, daß das Anfechtungsrecht in „latenter“ Form schon in dem zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen Vermögen des Gemeinschuldners liegt. Die Zugehörigkeit der Anfechtungsrechte ergibt sich vielmehr daraus, daß die Einschaltung des Gemeinschuldners als vollstreckungsmäßigen Zwangssubjekts des Konkursverfahrens sich nicht deckt mit dem Umfange der Konkursmasse, wie sie nach § 1[I] KO. zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens vorausgesetzt wird.

Es ist freilich eine bestrittene Frage, ob der Gemeinschuldner in Ansehung der Anfechtung des Konkursverwalters als vollstreckungsmäßiges Zwangssubjekt überhaupt in Betracht

kommt. Sie wird nicht nur von denen verneint, die, wie Jäger u. a., den Verwalter in Betreff der Anfechtung als Vertreter der Gläubigerschaft ansehen, als auch von denen, die ihm, wie in einer neueren Entscheidung das Reichsgericht[29]), lediglich kraft seines Amtes die Vertretung der Anfechtungsrechte mit Wirkung für die Masse zuteilen. Nichtsdestoweniger wird man sich zu dieser Annahme entschließen müssen, wenn man die Stellung des Verwalters zum Verfahren auf klare und übersichtliche Grundlagen stellen will. Vertreter der Gläubiger kann er nicht sein, weil diese Stellung die Organisation der Gläubiger zu einer materiellrechtlichen Einheit voraussetzen würde, die das Gesetz nicht bestätigt. Wer ihn als Träger einer Amtsrolle bezeichnet, gesteht hiermit zu, daß ohne ein Hilfssubjekt nicht auszukommen ist. Es ist aber jedenfalls viel gewagter, den Verwalter selbst zum Hilfssubjekt zu machen, als die Rechtsstellung, die den Gemeinschuldner zum Zwangssubjekt der Masse macht, um das zum Vorteil der Masse gegebene Anfechtungsrecht in entsprechender Weise zu erweitern. Betrachtet man das Konkursverfahren unter dem allgemeineren Gesichtspunkt der Zwangsvollstreckung, so erscheint der Gemeinschuldner als Vollstreckungsschuldner. Allerdings setzen im Konkursverfahren die Duldungspflichten, die der Einzelvollstreckung das bezeichnende Gepräge geben, sich in Zwangshandlungen um, die der Gemeinschuldner in der Person des Verwalters zum Besten seiner Gläubiger geschehen lassen muß. Das gilt in Betreff der Masse, und es ist kein Grund, es in Betreff der Anfechtungsrechte in Abrede zu stellen. Wir finden hier das nämliche Verhältnis für die Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses, wie es in § 7 KO. für die Handlungen nach eröffnetem Konkurse vorgesehen ist; der Gemeinschuldner

29) RG. 52, 383.

muß in seiner Eigenschaft als Zwangssubjekt die Unwirksamkeit derjenigen Rechtshandlungen hervorkehren, die er als zwangsfreies Subjekt seiner Handlungen wirksam, aber in anfechtbarer Weise vorgenommen hat. Geht man von dieser Voraussetzung aus, so tritt ein bemerkenswerter Parallelismus zwischen den Unwirksamkeitsfällen der §§ 7 und 29 KO. hervor. Die Vorschrift des § 36 KO. „das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt", tritt als Ergänzung der Bestimmung in § 6[1] auf: „das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt". Die Ausübung erfolgt nicht nur durch dieselbe Mittelperson, sondern eben durch diejenige, die als Vertreter des Gemeinschuldners in das Verfahren eingeführt ist, und die, wie folgerungsweise hinzugesetzt wird, hier in dem gleichen subjektiven Verhältnis zum Gemeinschuldner steht, wie es aus § 6[1] zu entnehmen ist.

So vereinigen sich in der Person des Verwalters die Masseverwaltung und die Ausübung der Anfechtungsrechte zu einer einheitlichen Tätigkeit für das nämliche Zwangssubjekt. Hieraus ergibt sich, daß bei der Behandlung des Kostenwerts schon vor der Durchführung der Anfechtung die Anfechtungsrechte mit der Masse zu einer Einheitssumme vereinigt werden, und daß bei der Regelung der Stellung des Gläubigerausschusses in § 133 Z. 2 die Anfechtungssachen stillschweigend als Bestandteil der Masse anerkannt werden. Hieraus erklärt sich ferner der Uebergang der zur Zeit der Konkurseröffnung erhobenen Ansprüche der Konkursgläubiger (§ 13[1] AnfGes.) auf den Verwalter. Er erfolgt im allgemeinen Rahmen der Zwangsvollstreckung, aber so, daß die bisherigen Duldungspflichten des Schuldners in diejenigen Zwangs-Handlungspflichten sich umsetzen, die durch die KO. dem Gemeinschuldner in der Person des Verwalters aufgenötigt werden. Ein Wechsel der bei dem Vollstreckungsverfahren beteiligten Personen, des Gläubigers

und des Schuldners, und demgemäß eine Rechtsnachfolge, sind ausgeschlossen. Nur die Formen der Vollstreckung wechseln. Die Einzelgläubiger werden als treibende Kraft des Verfahrens ausgeschaltet und der Betrieb geht auf den in Vertretung des Vollstreckungsschuldners handelnden Konkursverwalter über. Eine Veränderung materieller Rechte aber findet nur insoweit statt, als sie durch die Veränderung der prozeßrechtlichen Gesichtspunkte zur notwendigen Folge gemacht wird.

Immer aber ist hierbei festzuhalten, daß zwischen der Konkursmasse im Sinne des § 1 KO. und den Anfechtungsrechten nur eine prozeßrechtliche Verbindung besteht. Diese dauert so lange wie der gemeinschaftliche Zweck der beiden Vollstreckungsanstalten: die gemeinsame Befriedigung der Konkursgläubiger aus dem Vermögen des Gemeinschuldners. Sowie dieser Zweck wegfällt, hört die Masse auf, Masse zu sein, und der bisherige Gemeinschuldner erhält das Recht zurück, frei über sie zu verfügen. Die Anfechtungsrechte aber fallen entweder als gegenstandslos zusammen (Konkursanfechtung, § 30 KO.), oder sie stehen nunmehr in der früheren Weise, jedoch vorbehaltlich der Bestimmungen des § 13^IV^ AnfGes., den betreffenden Einzelgläubigern zu.

Erfolgt gemäß § 37 KO. die Rückgewähr zur Konkursmasse, so wird hiermit der Anfechtungsanspruch getilgt, der Gegenstand der Rückgewähr geht in die Konkursmasse als Zuwachs zum Vermögen des Gemeinschuldners im Sinne des § 1 KO. über, die prozeßrechtliche Verbindung setzt sich für die Konkursgläubiger und den Gemeinschuldner in ihrem gegenseitigen Verhältnis zu einer materiellrechtlichen um. Wird nach diesem Zeitpunkt das Konkursverfahren ohne Schlußverteilung aufgehoben, so empfängt der Gemeinschuldner das Zurückgewährte als sein Vermögen zurück, möglicherweise freilich

mit der geschäfts- oder gesetzmäßigen Verpflichtung, dem Anfechtungsgegner das Erworbene zurückzuerstatten.

Wir sehen hiernach, daß der Begriff „Unwirksamkeit" in den §§ 7 und 29 KO. gleichartige Bedeutung hat, und daß er sich nur in verschiedenen Funktionen äußert. In § 7 dient er dazu, tatsächliche Vermögensverschiebungen ihrer scheinbaren Rechtsgrundlage zu entkleiden. In § 29 wird er verwendet, um den im übrigen rechtlich begründeten Erwerb eines Dritten zu Gunsten des Anfechtungsberechtigten in einen Scheingrund zu verwandeln.

VI.

Die Unwirksamkeit ist, wie hier unter Anschluß an die nächstliegende und von einer Mehrzahl angesehener Schriftsteller[30]) gebilligte Auslegung angenommen wird, als Grund der Anfechtbarkeit, nicht als deren Folge, anzusehen. Die Unwirksamkeit tritt hiernach in eine Linie mit den Mängeln, die nach bürgerlichem Recht die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts ermöglichen. Nicht hingegen steht sie nach dem gesetzlichen Wortlaut der in § 142I BGB. als Folge der Anfechtung bezeichneten Nichtigkeit gleich. Was diesem entspricht, muß vielmehr aus dem Zusammenhang der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes entnommen werden.

---

30) Gaze, Die rechtliche Folge der Anfechtung im Konkurse (1903) S. 16 behauptet zwar, es werde allgemein zugegeben, daß es sprachlich und sachlich unzutreffend sei, das „unwirksam" auf den Grund der Anfechtung zu beziehen. Den von ihm selbst genannten Verteidigern dieser Auslegung, Kleinfeller und Oertmann, hat sich jedoch neuerdings Jäger, Komm. zum AnfG. 69 angeschlossen, Hellmann, KrVJSchr. 46, 145, hat sie wenigstens nicht beanstandet, und auch Alexander, Der Begriff der Unwirksamkeit nach dem BGB. (1903) hat sich für sie erklärt (S. 11). Dagegen allerdings wieder Walsmann, a. a. O. 307 Anm. 10, meines Erachtens ohne überzeugende Begründung.

Geht man von der Annahme aus, daß die Anfechtung des bürgerlichen Rechts keine andere Folge haben kann als die der Vernichtung des angefochtenen Geschäfts, so fragt es sich: wieweit ist diese Folge durch die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz übernommen? Das Ziel der Gläubigeranfechtung ist, wie oben dargelegt, ein anderes als das der Geschäftsanfechtung. Sie verfolgt nicht den Zweck, die Rechtshandlung, gegen die sie sich richtet, als solche umzustoßen, sondern sie will sie in den abgeleiteten (sekundären) Folgen treffen, die sie für den Bestand des vollstreckungsbereiten Vermögens des Gemeinschuldners (Vollstreckungsschuldners) hat. Eine Eindrängung in die zwischen den unmittelbaren Geschäftsangehörigen der Rechtshandlung bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse liegt außerhalb des Ziels der Gläubigeranfechtung. Daher kann man auch nicht sagen, die Gläubigeranfechtung verfolge zwar nicht die Vernichtung der Rechtshandlung, sondern nur ihre Folgen. Nicht sämtliche Folgen, sondern nur gewisse Folgen sollen umgestoßen werden.

Es scheint hiernach, als wenn die Wirkung der Gläubigeranfechtung auf relative Vernichtung von Folgen der Rechtshandlung hinauslaufe. Nichtsdestoweniger ist diese Anschauung abzulehnen. Relative Nichtigkeit ist ein dem BGB. unbekannter Begriff. In § 7 der Konkursordnung, in deren älterer Fassung die relative Nichtigkeit eine der früheren gemeinrechtlichen Lehre entsprechende Anerkennung erlangt hatte, ist sie durch das Aenderungsgesetz zu Gunsten der Unwirksamkeit beseitigt worden. Relative Unwirksamkeit ist ein nicht minder fragliches Rechtsgebilde, als wie es die ehemalige relative Nichtigkeit sein würde [31]). Wirkungen einer Rechtshandlung können nur sein oder nicht sein. Werden einer Rechtshandlung gewisse Wir-

31) Oertmann, ZZP. 33, 25.

kungen durch die Gläubigeranfechtung entzogen, dann müssen diese — aber auch nur diese — nicht minder den ursprünglichen Beteiligten gegenüber wegfallen. Ist eine Sache unwirksamerweise veräußert worden, so fällt vermöge der Anfechtung deren Eigentum in das vollstreckungsbereite Vermögen des Veräußerers zurück. Diesen Erfolg muß auch der Gemeinschuldner (Schuldner) dulden, und der Rückschlag, die Gewährspflicht gegen den Erwerber, trifft ihn auch in seiner dem Eingriff des Anfechtungsberechtigten unzugänglichen Rechtsstellung. Von einer lediglich relativen, also nur dem Anfechtungsgegner fühlbar werdenden Unwirksamkeit kann man demnach nicht reden.

Diejenigen Wirkungen der Rechtshandlung, die überhaupt der Anfechtung unterliegen, werden also vollständig beseitigt. Und zwar, wie hinzuzufügen ist, mit Wirkung nach rückwärts hin (ex tunc). Wenn eine Rechtshandlung als unwirksam angefochten ist, so sind die von der Anfechtung betroffenen Rechtswirkungen als von Anfang an nicht bestehend anzusehen. In dieser Beziehung besteht Uebereinstimmung zwischen der Geschäftsanfechtung des bürgerlichen Rechts nnd der Gläubigeranfechtung. Die letztere hat also den Zweck, den Grund ihrer Zulässigkeit für den vorliegenden Fall zwischen den Anfechtungsparteien und zwar nötigenfalls mittels rechtskräftigen Urteils als Grundlage der weiteren, den Anfechtungsgegner treffenden Rechtsfolgen, namentlich der Rückgewähr, festzustellen.

Die Rückgewähr schließt sich grundsätzlich an die Unwirksamkeit an. Ohne Unwirksamkeit gibt es keine Rückgewähr. Was durch die als unwirksam anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners (Schuldners) veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß in Vollziehung der durch die Unwirksamkeit geschaffenen Rechtslage zur Konkursmasse (zum Vermögen des Schuldners als noch

zu diesem gehörig) zurückgewährt werden. In diesem Sinne sind die §§ 37[1] KO., 7[1] AnfGes. an die §§ 29 bezw. 1 der nämlichen Gesetze anzuschließen. Es gibt keine Vorschrift in den beiden Gesetzen, durch die dieser Anschluß verboten würde. Nicht eine selbständige Rückgewährpflicht bildet demnach das mittelbare Ziel der Anfechtung, sondern die aus der Feststellung der Unwirksamkeit hervorgehende Berichtigung der tatsächlichen Vermögenslage.

Dieser Gesichtspunkt führt zur Anerkennung der vielangefochtenen sog. Dinglichkeitslehre. Dinglich werden die Wirkungen der Anfechtung genannt, weil sie für die praktischen Hauptfälle anfechtbarer Rechtshandlungen, die Veräußerungen körperlicher Sachen, dingliche Kraft entwickeln. Sie erzeugen Aussonderungsansprüche im Konkurse des Anfechtungsgegners, geben ein Recht auf Rückberichtigung des Grundbuchs auf den Namen des Gemeinschuldners als des Eigentümers der Konkursmasse und ein Recht auf Eintragung eines Widerspruchs zur zwischenzeitigen Entkräftung der anfechtbaren Grundbucheintragung (§ 894 BGB.).

An sich ist aber die Gläubigeranfechtung weder dinglicher noch obligatorischer Natur, denn sie fußt nicht auf der privatrechtlichen Vermögensgrundlage des Anfechtungsberechtigten, sondern auf den prozeßrechtlichen Befugnissen des Verwalters oder Einzelvollstreckungssuchers. Die dinglichen Wirkungen sind nur Folgeerscheinungen, die zutreffenden Falles eintreten, anderenfalls aber auch fehlen können. Richtiger ist es daher, wenn unter allen Umständen der Name „Anfechtung", auch für die „obligatorische", zugestanden wird, von rechtszerstörender im Gegensatz zur rechtsausgleichenden Anfechtung zu reden.

Gegenstand der Anfechtung sind Rechtshandlungen, nicht lediglich tatsächliche Vorgänge ohne rechtliche Bedeutung. Zwischen

den Rechtshandlungen von rechtlich normaler Beschaffenheit und den bedeutungslosen Akten stehen Rechtshandlungen, die ungewollterweise nichtig oder nach § 142 BGB. vernichtbar sind, aber für den Dritten das Ansehen uneingeschränkter Gültigkeit an sich tragen, und Scheinhandlungen, deren Bestimmung es ist, Dritten gegenüber die wahrheitswidrige Außenseite rechtlicher Vorgänge zu zeigen. Es fragt sich, ob auch gegen Rechtshandlungen dieser beiden letzten Klassen eine Gegenwirkung in Form rechtszerstörender Anfechtung möglich ist.

Unzweifelhaft haben hier der Konkursverwalter und der anfechtungsberechtigte Gläubiger die Möglichkeit, der Aufdeckung der Nichtigkeit oder des wahrheitswidrigen Scheins sich zu unterziehen und, der erstere aus dem Rechte der Konkursmasse im Sinne des § 1[1] KO., der letztere mittels Pfändung und Ueberweisung des Rückgabeanspruchs des Schuldners, gegen den Anfechtungsgegner vorzugehen. Sie sind indes auf dieses Mittel nicht beschränkt. Sowie der Anfechtungsgegner aus dem nichtigen oder Scheinakte Rechte herleitet, durch deren Ausübung die Konkursgläubiger oder der anfechtungsberechtigte Einzelgläubiger tatsächlich benachteiligt werden, sind die Voraussetzungen des § 29 KO. und § 1 AnfGes. erfüllt. Würde es sich um Vernichtung der Rechtshandlung als solcher oder in der Totalität ihrer Wirkungen handeln, so könnte man zweifeln, ob solche Handlungen der Anfechtung unterliegen, deren Rechtsgültigkeit erweislichermaßen nur in irrtümlicher Vorstellung oder absichtlicher Wahrheitsverkehrung wurzelt. Aber so liegt die Sache bei der Gläubigeranfechtung nicht. Diejenigen Wirkungen der Rechtshandlung, die zur Anfechtung berechtigen, beziehen sich überhaupt nicht auf das Rechtsverhältnis zwischen den Geschäftsangehörigen der Rechtshandlung, sondern auf den Stand des vollstreckungsbereiten Vermögens des Gemeinschuldners (Schuldners). Nun kann dieser Stand eine Ver-

änderung lediglich im Punkte der Vollstreckungsbereitschaft erfahren haben, ohne im übrigen angetastet zu sein. In diesem Fall liegt der Nachteil für die Masse oder den vollstreckungssuchenden Einzelgläubiger nicht darin, daß das buchmäßig darzustellende Aktivvermögen des Gemeinschuldners (Schuldners) zum Nachteil der Gläubigerseite verkürzt worden ist, sondern darin, daß die Möglichkeit des berechtigten Zugriffs, sei es für den Verwalter oder den Einzelvollstreckungssucher, in der Form außergerichtlicher Besitznahme (§ 117 KO.) oder der prozeßrechtlichen Vollstreckungsformen ausgeschlossen ist. Das sind nicht bloß scheinbare, sondern wirkliche Nachteile der scheinbaren Rechtsänderung. Es sind auch nicht bloß „tatsächliche", sondern rechtliche Nachteile, die sich darin begründen, daß aus gesetzlich anerkannten Rücksichten auf die öffentliche Ordnung das private oder prozeßmäßige Handeln durch Vermögensverschiebungen von rein tatsächlicher Bedeutung rechtlich erschwert oder ausgeschlossen werden kann. Rechtswirkungen dieser Art, die sich an nichtige oder Scheingeschäfte anknüpfen, können daher gleichfalls als unwirksam angefochten und somit der rechtlichen Bedeutung beraubt werden, die sie anderenfalls für das Vorgehen des Verwalters oder vollstreckungssuchenden Gläubigers haben würden. Die Zulässigkeit der Anfechtung läßt sich auch durch den Gegengrund nicht ausschließen, daß der Verwalter oder der Einzelgläubiger durch sie nichts gewinnen. Für einen nicht geschäftsangehörigen Dritten ist es immer eine mißliche Sache, in die Geheimnisse eines fremden, möglicherweise absichtlich entstellten Geschäftstatbestandes einzudringen. Daher ist es für ihn von Vorteil, wenn er die Möglichkeit hat, von einem solchen Eindringen überhaupt abzusehen und seinen Angriff lediglich gegen das zu richten, was für ihn am Tage liegt: die rechtlichen Nachteile, die sich an die tatsächliche Außenseite der Rechtshandlung anknüpfen. Folgt er hierbei den Grund-

sätzen des guten Glaubens, so wird er die Handlung so bezeichnen, wie sie sich gibt, also ohne Eingehen auf die verborgenen Nichtigkeitsgründe oder die Scheinabsicht[32]). Aber er braucht deswegen nicht notwendig den Zweck zu verfolgen, die Handlung nur mit Rücksicht auf die angegebene, möglicherweise nicht vorhandene rechtliche Bedeutung anzufechten. Solche Angaben enthalten vielmehr dem übrigen Tatbestande gegenüber eine nebensächliche unrichtige Bezeichnung (falsa demonstratio), die dem Urheber nicht zum Schaden gereichen darf. Der Anfechtungsgegner ist daher nicht in der Lage, dem Anfechtungsberechtigten entgegenzuhalten: „Du kannst nicht anfechten, die Handlung ist nichtig oder zum Schein ausgeführt, für die Anfechtung also gegenstandslos." Der Anfechtungsberechtigte würde erwidern: „ich habe die Handlung gutgläubig nach ihrer äußeren Erscheinung bezeichnet. Gewollt habe ich die Anfechtung nach jeder Richtung, in der für mich nachteilige Rechtswirkungen der Handlung liegen. Ist die angefochtene Handlung nichtig oder ein Scheinakt, so lasse ich dies dahingestellt. Meine Anfechtung richtet sich alsdann lediglich gegen diejenigen Rechtswirkungen, die mir vermittelst der Verweigerung der Herausgabe zur Masse (zur Zwangsvollstreckung) entgegengehalten werden."

Es ist demnach eine unrichtige Vorstellung, daß durch die Annahme der sog. Dinglichkeitslehre die Möglichkeit der

32) So richtig Fitting, Konkursrecht 195 Anm. 25, freilich mit anfechtbarer Begründung: „Da aber auch zufolge erfolgreicher Gläubigeranfechtung die angefochtene Rechtshandlung als von Anfang an nichtig erscheint, so tritt der Konkursverwalter stets mit derselben Klage auf, . . einerlei, ob er die Unwirksamkeit der Rechtshandlung auf die Behauptung eines Scheingeschäfts oder eines sonstigen Grundes absoluter Nichtigkeit, oder auf ihre Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung, oder endlich auf Gläubigeranfechtung stützt. Diese Frage kommt erst gegenüber der einwandweisen Berufung des Prozeßgegners auf die Rechtshandlung in Betracht.

Erstreckung der Anfechtung auf nichtige oder Scheingeschäfte ausgeschlossen würde[33]). Diese Vorstellung läßt sich überhaupt nur so erklären, wenn man der Anfechtung mit dinglicher Wirkung etwas unterschiebt, was sie nicht leisten kann und soll: die Vernichtung des anfechtbaren Rechtsakts nach Analogie der bürgerlichen Geschäftsanfechtung. Es ist für das heutige Recht ebenso unzweifelhaft, wie es für das römische Recht war, daß das Eindringen in fremde Geschäftsverhältnisse, insbesondere obligationsrechtlicher Natur, für einen Dritten eine rechtlich unmögliche Sache ist[34]). Wenn dennoch hier und da die Vorstellung einer solchen Möglichkeit sich entwickelt hat, so ist dies der Gewohnheit zuzuschreiben, auch Rechtsgeschäfte als Rechtswerte von sachlicher Gegenständlichkeit ins Auge zu fassen. Wohl aber ist es der heutigen Rechtsauffassung möglich gewesen, die Wirkungen fremder Rechtshandlungen noch in einem anderen als bloß zwischen den Geschäftsangehörigen maßgebenden Sinne zu entwickeln, nämlich in Ansehung des Rückschlags, den die Rechtshandlung auf die Leistungsfähigkeit eines Schuldners im Verhältnis zu seinen Gläubigern ausübt. Dies sind, wie hier nochmals hervorgehoben werden möge, nicht die unmittelbaren, der Rechtshandlung im Geschäftsverkehr von Person zu Person zukommenden, sondern abgeleitete Wirkungen, die mit der Natur der Rechtshandlung als solcher nichts zu tun haben. Sie werden im normalen Verlauf gesunder Kreditzustände überhaupt nicht bemerkbar, aber sie können vorkommenden Falles bei nichtigen

33) Jäger, Komm. KO. § 29 Anm. 46 a. E., AnfG. § 1 Anm. 57 a. E.

34) Wenn dennoch das OTr. Entsch. 73, 125 ein Eindringen in fremde Obligationsverhältnisse als möglich annimmt, so wird hierbei übersehen, daß dies nur ein bildlicher Ausdruck ist, dessen rechtliche Bedeutung erst zu suchen ist.

und Scheingeschäften bedeutsam werden, ohne daß die normalen Wirkungen der Rechtshandlung in Tätigkeit treten.

Die Gläubigeranfechtung teilt hiernach mit der Geschäftsanfechtung des bürgerlichen Rechts nur die Besonderheit, daß sie, wie diese, rechtszerstörend wirkt. Im übrigen verfolgt sie selbständige Ziele. Es ist daher auch erklärlich, wenn sie in formeller Hinsicht von der Geschäftsanfechtung in bedeutendem Maße abweicht. Als Gegenwirkung gegen eine fremde Rechtsstellung kann sie kein „Anspruch", kein an den Gegner zu stellendes rechtliches Verlangen im Sinne des § 194 BGB. sein. Hieraus erklärt sich, daß die Ausübung der Anfechtung nicht der einredeweise geltend zu machenden Verjährung unterworfen, sondern an eine sie von Rechts wegen begrenzende Gebrauchsfrist gebunden ist. Aber über die Form der Anfechtung braucht hiermit nichts entschieden zu sein. Die Motive zum Entwurfe des Konkursänderungsgesetzes fügen der Rechtfertigung der an Stelle der Verjährungsfrist gesetzten Ausschlußfrist die Bemerkung hinzu „der Frage, ob die Anfechtung ausschließlich im Wege der Klage und Einrede, oder auch eine außergerichtliche Erklärung des Verwalters gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolgen kann, wird durch die Aenderung nicht vorgegriffen [35]." Freilich ist dem entgegen bei den Beratungen der Reichstagskommission von einem Regierungsvertreter die Aeußerung getan: „Ebenso wie im BGB. bei der dinglich wirkenden Anfechtung die Anfechtungserklärung, und beim Rücktritt von einem Vertrage die Rücktrittserklärung genüge, ohne daß es einer Klage bedürfe, so müsse hier bei dem Anfechtungsrecht die Erklärung des Konkursverwalters gegenüber dem Anfechtungsgegner genügen, daß er anfechte" [36]. Aber diese Aus-

35) Druckf. des Reichst. 1897 Nr. 41 S. 13/14.

36) Reichstagskommissionsbericht, Drucksachen 1897/98 Nr. 237 S. 13/14.

führung entbehrt des zwingenden Grundes. Auf die Frage, ob die Anfechtung des Konkursverwalters „dinglich" wirkt oder nicht, kommt für die hier berührte Frage offenbar nichts an. Selbst wenn sie, gleich der Geschäftsanfechtung, dinglich wirkt, so kann die Form der Willenserklärung sehr wohl im Vergleich zur Geschäftsanfechtung erschwert sein. Die Geschäftsanfechtung bildet ein notwendiges Korrektiv für den privaten Geschäftsverkehr. Die Gläubigeranfechtung aber ist ein Ausnahmsrecht, dessen Ausübung mit prozeßrechtlichen Vorgängen — dem Konkursverfahren und der Zwangsvollstreckung — in enger Rechtsverbindung steht. Es liegt daher der Gedanke nahe, daß es nicht bei einer außergerichtlichen Beunruhigung des Anfechtungsgegners durch eine Privaterklärung des Anfechtenden bewenden darf, sondern daß, in Uebereinstimmung mit dem früheren Recht, die Anfechtung eine unmittelbare Vorstufe des gerichtlichen Rückgewährverlangens oder der gerichtlichen Anspruchsabwehr sein muß[37]. Wie weit das geltende Recht diesen Gedanken verwertet hat, ist hier nicht zu erörtern. Hier war nur festzustellen, daß die rechtszerstörende Wirkung der Gläubigeranfechtung sich gleichfalls mit derjenigen Form verträgt, die bisweilen als besonderes Zeichen für die obligatorisch wirkende Natur der Gläubigeranfechtung in Anspruch genommen worden ist.

Enger mit dem Wesen der Unwirksamkeit in dem hier vertretenen Sinne scheint eine andere Folge verknüpft zu sein, die man als einen „unleidlichen Zustand" bezeichnet hat. Die Dinglichkeitslehre soll zu der Folgerung führen, daß eine Pfändung vom Konkursverwalter auf Grund des § 771 ZPO. in dem dort bestimmten ausschließlichen Gerichtsstande angefochten

---

37) Richtige Bemerkungen hierüber auch bei Walsmann, a. a. O. 314 f.

werden muß. Für diese Folgerung hat sich auch noch neuerdings Hellmann[38]) erklärt.

Mit der Begründung der Widerspruchsklage steht es aber bis jetzt noch keineswegs unbedenklich. Ist die Pfändung als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam anzusehen, so folgt hieraus, daß der gepfändete Gegenstand pfandfrei zur Konkursmasse zurückgewährt werden muß. Aber auf Grund welchen Gegenrechts hat dies zu geschehen? Das Recht der Konkursgläubiger, das Hellmann als Gegenrecht bezeichnet, ist ein lediglich prozeßrechtliches Befriedigungsrecht, kein materielles Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 771 ZPO. Kommt es auf letzteres an, so kann nur das Recht des Gemeinschuldners genannt werden, das nach Beseitigung der Pfändung pfandfrei dasteht. Das ist aber nicht das Recht „eines Dritten", sondern das Recht des Vollstreckungsschuldners selbst. Um von hier aus zur Anwendung des § 771 ZPO. zu gelangen, muß man der Konkursmasse eine von der Person des Gemeinschuldners unterscheidbare Rechtspersönlichkeit zugestehen, was den grundlegenden Bestimmungen der ZPO. zuwiderläuft.

Also muß man sagen: eine Widerspruchsklage im Sinne des § 771 ZPO. steht hier nicht in Frage. Es handelt sich hier nicht um diejenige Unzulässigkeit der Pfändung, die der Dritteigentümer dem Pfändungsgläubiger gegenüber behauptet, sondern um eine zwischen Gläubiger und Gemeinschuldner bestehende Pfändungsfreiheit, die den Anfechtungsgegner nötigt, das Schuldnervermögen als zugriffsfrei, das erworbene Pfändungspfandrecht als einen nicht zu seinem Vermögen gehörigen Rechtsvorteil gelten zu lassen. Trotz der dinglichen Unterlage kann die Rückgewähr weder in Gestalt der Herausgabe, noch

38) KrVJSchr. 46, 146.

in Form der Anerkennung der Pfandfreiheit des Pfändungsgegenstandes, sondern nur vermittelst Duldung der Unzulässigkeitserklärung der Pfändung verlangt werden. Das ist ein Anspruch, der seiner Rechtsgrundlage nach dinglich ist, wegen Unzulänglichkeit des dinglichen Rechtsbegehrens aber in eine persönliche Spitze ausläuft. Daher bleibt die Aussonderungskraft des Anspruchs im Konkurse des Anfechtungsgegners gewahrt. Die Anwendung des § 771 ZPO. aber erscheint trotzdem als ausgeschlossen.

Anders liegt die Sache, wenn eine Pfändung vom Verwalter angefochten wird, die von dem Anfechtungsgegner wider den ersten Erwerber der anfechtbarerweise veräußerten Sache als Vollstreckungsschuldner erwirkt worden ist. Hier vertritt der Verwalter dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber das Recht des Gemeinschuldners als eines „Dritten“ im Sinne des § 771 ZPO. Es liegt demnach kein Grund vor, die Widerspruchsklage abzulehnen.

Hiernach läßt sich der allgemeine Satz aussprechen, daß die „Unwirksamkeit“ in §§ 29 KO. und 1 AnfG. zwar für die rechtszerstörende Kraft der Anfechtung, nicht aber über die Form entscheidet, in der die anfechtende Rechtsverneinung sich zu äußern hat.

XII.

Ueber das gegenseitige Verhältnis mehrerer ihrem Range nach vortretender oder zurücktretender Grundbuchposten.

Von Oberlandesgerichtsrat **Fuchs** in Cassel.

Im gegenwärtigen Band der Jahrbücher S. 39 ff. erörtert Landgerichtsrat Dr. Wege das in der Ueberschrift bezeichnete Verhältnis und kommt dabei zum Teil zu bedenklichen Ergebnissen. Es sollen die einzelnen Fälle, in denen diese Ergebnisse nicht haltbar erscheinen, kurz besprochen werden.

I.

1) 1. Fall. Für den Fall, daß mehrere vorstehende Hypotheken einer nachstehenden Hypothek in einer Urkunde ohne weitere Bemerkung das Vorrecht einräumen, sollen die mehreren zurücktretenden Hypotheken an der Stelle der vortretenden zu gleichem Rechte stehen. Wenn also von den auf dem Grundstück eingetragenen Hypotheken der Gläubiger A, B, C und D die beiden an erster und zweiter Stelle stehenden des A und des B der an vierter Stelle stehenden Hypothek des D in einer Urkunde das Vorrecht einräumen, dann soll sich folgende Reihenfolge ergeben:

zu I D, dann A,
„ II D, dann B,
„ III C,
„ IV D, dann zu gleichem Recht A und B.

Dies wird begründet mit dem Hinweise auf den Beschluß des KG. vom 11. Juli 1900 (OLGRspr. 1, 305 ff.). In diesem Beschlusse wird für den umgekehrten Fall, wenn der Gläubiger einer vorstehenden Hypothek mehreren nachstehenden Hypotheken gleichzeitig das Vorrecht einräumt, angenommen, daß die infolge der Vorrechtseinräumung vortretenden Hypotheken an der Stelle der zurücktretenden Hypothek zu gleichem Rechte stehen, also aus dem Zwangsversteigerungserlöse, der auf die zurücktretende Post an der den nachstehenden Posten durch die Rangänderung eingeräumten Stelle entfällt, zu gleichem Rechte anteilsmäßig zu befriedigen sind. Das Kammergericht rechtfertigt dies mit der Erwägung, es werde so angesehen, als seien die vortretenden Posten unter der Nummer der zurücktretenden Post eingetragen; hieraus ergebe sich von selbst, daß ein Rangverhältnis zwischen ihnen nicht bestehen könne. Wege glaubt, daß das Gleiche auch in dem hier zu besprechenden umgekehrten Falle gelten müsse, wenn auch ein anderes Sachverhältnis zu Grunde liege; denn was den vortretenden Rangrechten recht sei, müsse den zurücktretenden billig sein. „Es wird, um mit dem Kammergericht zu reden, so angesehen, als ob die vortretenden Posten an Stelle der zurücktretenden und die zurücktretenden an Stelle der vortretenden eingetragen wären.“ Das hier gesperrt Gedruckte hat aber das Kammergericht nicht ausgesprochen. Es kann auch nicht für richtig erachtet werden.

Zwischen den beiden Fällen besteht ein wesentlicher Unterschied. Räumt der Gläubiger A den Gläubigern C und D in einer Urkunde das Vorrecht ein, so verfügt er über den Rang

seiner Hypothek zu Gunsten des C und des D zusammen; er wendet ihnen also, wenn man hier von einer Zuwendung sprechen darf, gemeinschaftlich etwas zu. Hier ergibt sich also aus der Erklärung des A ohne weiteres, daß C und D den Rang der Hypothek des A für ihre Hypotheken zusammen, also für jede den gleichen Rang, erhalten sollen. Ganz anders, wenn A und B in einer Urkunde dem D den Vorrang einräumen. Hier liegen zwei Erklärungen vor, eine Erklärung des A, durch die er dem D den Vorrang vor seiner, des A, Hypothek einräumt, und eine Erklärung des B, durch die er dem D den Vorrang vor seiner, des B, Hypothek einräumt. Nimmt D die Erklärungen des A und des B, sei es durch Erklärung in der nämlichen Urkunde, sei es durch spätere einheitliche Willenserklärung, an, so liegen zwei besondere Verträge, einer zwischen A und D und einer zwischen B und D, vor. Der Umstand, daß die Vorrechtseinräumungserklärungen des A und des B oder daß die beiden bezeichneten Verträge in einer Urkunde verkörpert sind, ändert daran nichts. Aus den Erklärungen der Kontrahenten des Rangänderungsvertrags ergibt sich also in diesem Falle nichts, was dazu nötigte, die gleichzeitig zurücktretenden Gläubiger A und B an der Stelle des vortretenden D zu gleichem Recht rangieren zu lassen, im Gegensatze zu dem vom Kammergericht entschiedenen Falle, in dem die Erklärung des zurücktretenden Gläubigers A nur so ausgelegt werden kann, daß die vortretenden Gläubiger an der ihnen eingeräumten Stelle zu gleichem Rechte rangieren. Eine Erklärung, die sein Rangverhältnis zu B betrifft, gibt A gar nicht ab; sie hätte übrigens auch nur Bedeutung, wenn A sie dem B gegenüber abgäbe. Das geschieht aber hier nicht, vielmehr richtet sich die Erklärung des A wie die des B, wenn sie auch gleichzeitig erfolgen, nur an den D. Auch ist kein sonstiger Grund ersichtlich, aus dem B, der doch dem A im

Range nachsteht, durch den Umstand, daß A die Erklärung zu Gunsten des D gleichzeitig mit seiner, des B, Erklärung zu Gunsten des D abgibt, eine Verbesserung seines Ranges gegenüber dem A erhalten sollte. Die der Hypothek des B anhaftende Beschränkung, daß die Hypothek des A vor ihr zu befriedigen ist, fällt also nicht weg.

Man könnte nun dem entgegenhalten, es handle sich bei dem Rangänderungsvertrag nicht nur um eine Verfügung über den Rang, nämlich nur um die Abtretung des Ranges der vorstehenden und nunmehr zurücktretenden Hypothek seitens des Gläubigers dieser Hypothek an den Gläubiger der nachstehenden und nunmehr vortretenden Hypothek und die Annahme dieser Abtretung seitens des Gläubigers dieser letzteren Hypothek. Man könnte vielmehr mit Wege (S. 44) sagen, die Rangänderung sei nichts anderes, als die gegenseitige Abtretung des Ranges, es trete also auch der Gläubiger D den Gläubigern A und B den Rang seiner nachstehenden Hypothek ab, und da er diese Abtretung gleichzeitig zu Gunsten des A und des B erkläre, so erhielten die Hypotheken des A und des B den Rang an der Stelle des D zu gleichem Recht (entsprechend dem oben für den Fall der gleichzeitigen Einräumung des Vorrechts durch A zu Gunsten des C und des D Gesagten). Es ist aber nicht richtig, daß, wie Wege (S. 44) sagt, die beiderseitigen Ranganspruche ausgetauscht und gegenseitig abgetreten werden. Das dürfte sich aus folgendem ergeben. Der Zweck der Aenderung des Rangverhältnisses besteht lediglich darin, einem nachstehenden Recht den Vorrang vor einem vorstehenden einzuräumen, nicht aber darin, einem vorstehenden Recht einen schlechteren Rang einzuräumen. Darauf deuten schon die im früheren und heutigen Recht zur Bezeichnung des Instituts üblichen Bezeichnungen „Prioritätseinräumung", „Prioritätszession", „Vorrechtseinräumung", „Vorzugseinräumung" hin.

Es ergibt sich auch aus der Bemerkung der Motive 3, 229: „Darüber, daß das Gesetz den Beteiligten überhaupt die Möglichkeit gewähren muß, einem eingetragenen oder einzutragenden Rechte einen besseren Rang als denjenigen, welcher demselben nach § 840 (jetzt § 879) gebührt, zu verschaffen, besteht kein Zweifel." Demgemäß werden denn auch bei einem Rangänderungsvertrag im Sinne des § 880 regelmäßig nur zwei Erklärungen abgegeben, nämlich die Erklärung des Gläubigers der zurücktretenden Post, daß er der Post, die vortreten soll, das Vorrecht vor seiner Hypothek einräume, und die Annahme dieser Erklärung durch den Gläubiger der vortretenden Post. Ein Rangänderungsvertrag, bei dem auch der Gläubiger der vortretenden Post erklärt hätte, er trete den Rang seiner Hypothek an die zurücktretende Post ab, und der Gläubiger der zurücktretenden Post diese Erklärung angenommen hätte, ist mir in meiner mehr als zehnjährigen Tätigkeit als Grundbuchrichter und in meiner fast dreißigjährigen Praxis überhaupt noch nicht vorgekommen. Und das ist ganz erklärlich, denn es bedarf einer solchen Abtretung des Ranges der vortretenden Hypothek zu Gunsten der zurücktretenden Hypothek nicht. Man mag darüber streiten, ob im BGB. das sog. Lokusprinzip gilt oder nicht; so viel ist doch unbestreitbar, daß jede Hypothek das ganze Grundstück ergreift, nicht lediglich an einer Wertparzelle haftet (Mot. 3, 204; Prot. 3, 98). Wäre das nicht der Fall, dann wäre das Vorrücken nachstehender Hypotheken, das in bestimmten Fällen stattfindet, z. B. im Falle der vertragsmäßigen Aufhebung einer vorstehenden Hypothek und der Löschung dieser Hypothek im Grundbuch (§ 1183 BGB.), ferner im Falle des Ablaufs der auflösenden Befristung oder des Eintritts der auflösenden Bedingung einer vorstehenden Hypothek, unerklärlich. Schon die Tatsache, daß es Fälle gibt, in denen die nachstehende Hypothek beim Wegfall der vorstehenden ohne

weiteres, d. h. ohne einen auf dieses Vorrücken gerichteten Rechtsakt, vorrückt, beweist doch, daß die Hypothek nicht unverrückbar an der Wertparzelle haftet. Sofern freilich das Gesetz beim Eintreten gewisser Ereignisse, z. B. im Falle des Nichtentstehens oder des Erlöschens der persönlichen Forderung, die Stelle nicht frei werden läßt, vielmehr den Uebergang der Hypothek auf einen anderen Gläubiger, meistens den Eigentümer, anordnet, kann ein Nachrücken nicht stattfinden. Das entscheidet aber nicht gegen die hier vertretene Auffassung. Denn man könnte von einem Haften der Hypothek an der ihr durch die gesetzliche Rangordnung zugewiesenen Wertparzelle nur dann sprechen, wenn sie dort auch im Falle des Freiwerdens einer vorgehenden Stelle stehen bliebe. Durch den Rangänderungsvertrag wird also der zurücktretenden Post seitens des vortretenden Gläubigers nichts zugewendet, was die zurücktretende Post nicht schon an sich hätte (vergl. Wilisch, „Recht" 1904, 625); denn der Gläubiger A hat schon an sich kraft seiner Hypothek das Recht, sich aus dem ganzen Grundstück zu befriedigen, und er hat auch das Recht, sich vor allen hinter dem D, dem er das Vorrecht einräumt, stehenden Gläubigern, nämlich dem E, F und G, zu befriedigen. Ob D erklärt, er räume dem A den Rang seiner, des D, Hypothek ein, ist also ganz gleichgültig. Nimmt man dies nicht an, dann muß man als einen wesentlichen Bestandteil des Rangänderungsvertrages auch diese Erklärung des D ansehen. Fehlt sie — und das ist nach dem oben Ausgeführten immer oder mindestens regelmäßig der Fall — dann wäre ein Rangänderungsvertrag nicht zu stande gekommen; denn es fehlte ja dann an der Zuweisung einer Rangstelle für die zurücktretende Hypothek des A, und an irgend einer Stelle muß sie doch ihren Rang haben. Diese unhaltbaren Ergebnisse, die niemand verteidigen wird, zeigen meines Erachtens, daß man nicht an der Vorstellung

einer gegenseitigen Rangabtretung festhalten darf. Durch die Vorrechtseinräumung wird also der zurücktretenden Hypothek nichts zugewendet, sondern es wird nur die Beschränkung der vollen Ausübung des Rechts der nachstehenden und nunmehr vortretenden Post insoweit beseitigt, als diese Beschränkung durch das Recht des Gläubigers der vorstehenden und nunmehr zurücktretenden Post gegeben ist (Wilisch a. a. O.). Auch Wege scheint diese Ansicht für richtig zu halten; denn obwohl er (S. 44) die Rangänderung als die gegenseitige Abtretung des Ranges bezeichnet, sagt er (S. 64), Schuberth (SächsArch. 1, 194), der die Rangänderung als die Einräumung des Rechts auf Vorausbefriedigung aus dem Versteigerungserlöse definiere, stelle sich also auf die gleiche Grundlage, wie er. Daß der zurücktretende Gläubiger A wegen seiner Hypothek die Befriedigung an der Stelle, an der D eingetragen ist, zu suchen hat, ist also nicht die Folge von darauf gerichteten Willenserklärungen des A und des D, sondern die selbstverständliche Folge des Rangänderungsvertrages unter Berücksichtigung der Rechtsstellung des A, wonach ihm das ganze Grundstück haftet, und der positiven Vorschrift des § 880 Abs. 5, der zufolge die im Range zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte stehenden Rechte durch die Rangänderung nicht berührt werden.

Ich glaube, damit die Bedenken, welche gegen die hier vertretene Meinung geltend gemacht sind, widerlegt zu haben. Es sei jedoch noch darauf hingewiesen, daß die dem D den Vorrang gleichzeitig einräumenden Gläubiger A und B auch regelmäßig gar nicht daran denken werden, sie rangierten nunmehr an der Stelle des D zu gleichem Rechte. Vielmehr werden sie regelmäßig nichts anderes annehmen, als daß sie an der Stelle des D in ihrer ursprünglichen Reihenfolge, also A vor B, rangieren. Daß es auch Fälle geben kann, in denen

der Wille des A und des B darauf gerichtet ist, an der Stelle des D zu gleichem Recht zu rangieren — Wege bildet S. 62/63 ein solches Beispiel — ist selbstverständlich. Es kommt aber für die Frage, welche Rangänderung im Grundbuch einzutragen ist, darauf an, welchen Willen die Kontrahenten des Rangänderungsvertrages erklären. Daß in den gleichzeitig erfolgten Erklärungen des Rücktritts des A und des B hinter D aber nicht der auf eine Aenderung des zwischen ihnen bestehenden Rangverhältnisses gerichtete Wille des A und des B zum Ausdruck kommt, wurde oben darzulegen versucht. Wege bemerkt dazu (S. 62), daß in dem kurzen Rangänderungsvermerk die auf Beibehaltung der Reihenfolge der Hauptstellen auch an der infolge der Rangänderung zu besetzenden Stelle gerichtete Willensmeinung der Beteiligten nicht zum Ausdruck komme. Das ist aber auch gar nicht erforderlich, weil eben die Beibehaltung der Rangfolge der Hauptstellen auch an der infolge der Rangänderung zu besetzenden Stelle kraft Gesetzes erfolgt. Und kommt denn in dem Rangveränderungsvermerk die Willensmeinung der Beteiligten zum Ausdruck, daß A und B nunmehr an der Stelle des D zu gleichem Recht stehen sollen? Auch Wege nimmt dies nicht an, denn er folgert ja diese Gleichstellung des A und des B daraus, daß es so angesehen wird, als seien sie an der Stelle des D, also unter einer Nummer, eingetragen (S. 61). Deshalb darf er auch nicht zur Bekämpfung der entgegengesetzten Ansicht von Schuberth damit operieren, daß in dem Rangveränderungsvermerk der auf Geltung der Rangfolge der Hauptstellen auch an der infolge der Rangänderung zu besetzenden Stelle gerichtete Wille der Beteiligten nicht zum Ausdruck komme.

Der hier vertretenen Ansicht ist auch das Reichsgericht in dem Urteil RG. 64, 100 ff. Es begründet seine Ansicht damit, daß auf diese Weise der bestehende Rechtszustand, von

dem anzunehmen sei, daß er beim Mangel einer Vereinbarung der Beteiligten über seine Aenderung aufrecht erhalten werden solle, d. h. die ursprüngliche Reihenfolge der nur im Verhältnisse zu einem bestimmten Rechte zurückgetretenen Rechte untereinander, gewahrt werde. Es nimmt an, daß aus diesem Grunde die mehreren zurückgetretenen Hypotheken ihre Rangstellung untereinander, wie sie vor der Eintragung der Vorrechtseinräumungen bestanden hatte, beibehalten und daß der darauf gerichtete Wille der Beteiligten, wenn die sämtlichen einzelnen, ohne eine Vereinbarung über die Aenderung der ursprünglichen Reihenfolge erklärten Vorrangseinräumungen im Grundbuch eingetragen sind, auch aus dem Grundbuch ersichtlich ist.

Uebrigens sei noch darauf hingewiesen, daß in dem besprochenen Falle nicht nur ein Grundbuchvermerk einzutragen ist. Es handelt sich um mehrere zurücktretende Posten, mithin ist zu jeder Post der Rangänderungsvermerk einzutragen. Es wird sich später bei der Besprechung der weiteren Fälle zeigen, daß es für das Rangverhältnis der zurücktretenden Hypotheken untereinander ganz gleichgültig ist, ob die Rangveränderungsvermerke unter dem gleichen oder unter verschiedenen Daten eingetragen werden. Auch durch die Eintragung nur eines Rangänderungsvermerks zu den mehreren zurücktretenden Posten mit dem Bemerken, daß die Rangänderung gleichzeitig erfolgt ist, kann der Grundbuchrichter nicht erreichen, daß die mehreren zurücktretenden Hypotheken an der Stelle der vortretenden Hypothek zu gleichem Rechte rangieren, weil dies in dem Rangänderungsvermerk, der sich nur auf das Verhältnis des A und des B zu D bezieht, nicht zum Ausdruck kommt.

Das Ergebnis ist: Wollen die zugleich zurücktretenden Gläubiger für sich an der Stelle des vortretenden Gläubigers eine von der Rangfolge ihrer Hauptstellen abweichende Rang-

ordnung herbeiführen, so bedarf es dazu eines zwischen ihnen abzuschließenden Rangänderungsvertrages, der natürlich mit dem zwischen ihnen und dem vortretenden Gläubiger abzuschließenden Rangänderungsvertrag in derselben Urkunde verbunden werden kann. Dann genügt aber nicht der Eintrag im Grundbuch, daß die mehreren zurücktretenden Rechte gleichzeitig dem vortretenden den Vorrang eingeräumt haben, sondern es muß auch die zwischen den zurücktretenden vereinbarte Rangänderung eingetragen werden.

2) 2. Fall. Für den Fall, daß mehrere vorgehende Posten einer nachstehenden Post das Vorrecht einräumen, jedoch nicht gleichzeitig, sondern zunächst A und, nachdem diese Vorrechtseinräumung eingetragen ist, B, wird folgende Reihenfolge angenommen:

zu I D, dann A,
„ II D, dann B,
„ III C,
„ IV D, dann A, dann erst B.

Die Reihenfolge ist richtig, aber die Begründung erscheint nicht zutreffend. Wege (S. 68) verwertet hier den Satz „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“ und sagt, da infolge der ersten Rücktrittserklärung an IV. Stelle A direkt hinter D getreten sei und dort seine Befriedigung suchen könne für den Fall, daß nach irgend welcher Befriedigung oder nach Wegfall von D noch ein Versteigerungserlös übrig bleibe, so habe D nicht mehr das Recht, über den von A schon besetzten Platz in beliebiger Weise zu verfügen. Aber D verfügt bei dem Rangänderungsvertrag über keinen Platz zu Gunsten des A oder des B, wie schon oben bei Besprechung des 1. Falles darzulegen versucht wurde. Der Grund, weshalb bei der zweiten Rangänderung B an der IV. Stelle hinter A tritt, beruht vielmehr auf der Vorschrift des § 880 Abs. 5.

Durch die Vorrechtseinräumung des A zu Gunsten des D wurde B als Zwischengläubiger nicht berührt. Also wurde auch an seinem Verhältnisse zu A nichts geändert. B erlangte durch die Vorrechtseinräumung keinen Nachteil, aber auch keinen Vorteil, also auch nicht das Recht, vor A befriedigt zu werden. Er mußte sich noch immer den Betrag der Hypothek des A vor seiner Hypothek gefallen lassen; daß diesen Betrag infolge des Rangänderungsvertrages zwischen A und D jetzt der letztere einzieht, berührt ihn nicht. Denn wenn A und D den Rangänderungsvertrag wieder aufheben oder wenn die Post des D gelöscht wird, muß B die Befriedigung des A wegen dessen Hypothek wieder vor seiner Befriedigung dulden. Daß A, solange das Recht des D besteht, erst an IV. Stelle, also hinter B, rangiert, ist lediglich die Folge davon, daß das Recht des B durch die Vorrechtseinräumung des A zu Gunsten des D nicht beeinträchtigt wird (Wilisch a. a. O.). An dem durch die erste Vorrechtseinräumung nicht geänderten Verhältnisse des B zum A ändert sich aber auch nichts dadurch, daß B dem D das Vorrecht einräumt; denn diese Vorrechtseinräumung spielt nur zwischen B und D, kann auch nur ihr gegenseitiges Rangverhältnis ändern. Wege (S. 69) sieht den A bei der zweiten Vorrechtseinräumung des B zu Gunsten des D als Zwischengläubiger im Sinne des § 880 Abs. 5 BGB. an. Das scheint nicht richtig; denn A steht nach der ersten Vorrechtseinräumung, nach welcher die Reihenfolge „zu I D, dann A, zu II B, zu III C, zu IV D, dann A" sich ergibt, nicht zwischen B und D; er steht dem D unter allen Umständen nach, er rangiert also entweder an I. Stelle hinter D und dann allein an IV. Stelle, wenn nämlich die Hypothek I größer ist als die Hypothek IV, oder nur an IV. Stelle hinter D, wenn die Hypothek IV größer ist als die Hypothek I. Zwischengläubiger zwischen B und D ist er nicht.

3) 3. Fall. Für den Fall, daß die Reihenfolge der Eintragung der Vorrechtseinräumungen der mehreren zurücktretenden Gläubiger die umgekehrte ist wie die Reihenfolge ihrer Hypotheken, wenn also zunächst B dem D den Vorrang einräumt und nach Eintragung dieser Rangänderung A dem D den Vorrang einräumt, soll die Reihenfolge

zu I D, dann A,
„ II D, dann B,
„ III C,
„ IV D, dann B, dann erst A,

entstehen. Dies wird aus dem Rechtsgrundsatz „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“ abgeleitet. Daraus folge, daß B, der zufolge der ersten Vorrangseinräumung direkt hinter D getreten sei, dort auch nach der zweiten Vorrangseinräumung stehen bleibe und daß A sich mit dem noch übrigen letzten Platze begnügen müsse. Auch hier kann aus den bei Besprechung des ersten Falles erwähnten Gründen von der Uebertragung eines Rechts seitens des D an den A bei der zweiten Vorrechtseinräumung nicht die Rede sein, ebensowenig davon, daß bei der ersten Vorrechtseinräumung etwas von dem Rechte des D auf den B übertragen worden oder übergegangen sei. D hat nicht etwa eine feste Stelle, nämlich die Stelle unmittelbar hinter sich bei IV, bei der ersten Vorrechtseinräumung auf B übertragen, auch ist diese Stelle nicht etwa ohne Uebertragung auf B übergegangen. Das Verhältnis des B zu A ist durch die Vorrechtseinräumung des B an D nicht geändert, weder verbessert noch verschlechtert werden. Durch diese Vorrechtseinräumung ist mithin daran, daß B die Hypothek des A vor seiner eigenen Hypothek befriedigen lassen muß, nichts geändert werden. Inwiefern nun in dem Rangverhältnisse des A zu B eine Aenderung eintreten sollte dadurch, daß nun auch A dem D den Vorrang einräumt, ist nicht einzusehen.

B hätte ja dann aus der Tatsache, daß A dem D den Vorrang einräumt, einen Vorteil, für den es an jedem Grunde fehlt.

Das Ergebnis ist: Räumen mehrere voreingetragene Gläubiger einem nachstehenden Gläubiger nach und nach das Vorrecht ein, so rangieren die zurücktretenden Gläubiger an der Stelle des vortretenden in dem Rangverhältnisse ihrer Hypotheken, ganz gleichgültig, in welcher Reihenfolge ihre Erklärungen beim Grundbuchamt eingereiht werden.

Gehen Anträge auf Eintragung von Rangänderungen in den Fällen 2 und 3, also ein Rangänderungsvertrag, durch den A dem D, und ein Rangänderungsvertrag, durch den B dem D das Vorrecht einräumt, zu verschiedenen Zeiten ein, so kommt auf die Zeitfolge der Eintragungen nichts an. Wege (S. 79) hält die Eintragung der zu verschiedenen Zeiten eingegangenen Rangänderungsverträge unter verschiedenen Daten in jedem Falle für erforderlich. Das ist aber nur richtig, wenn durch die mehreren Rangänderungsverträge dasselbe Recht betroffen wird, also z. B., wenn zunächst ein Rangänderungsvertrag des A zu Gunsten des D und dann ein solcher zu Gunsten des C eingereicht wird. Wenn aber, wie in den unter 2 und 3 behandelten Fällen, jeder Vorrechtseinräumungsvertrag ein anderes Recht betrifft, nämlich der eine das des A, der andere das des B, dann kommt auf die Zeitfolge der Eintragungen nichts an, da jede Eintragung ein anderes Rangverhältnis, die eine das von A zu D, die andere das von B zu D, betrifft, beide sich aber nicht auf das Rangverhältnis zwischen A und B beziehen.

II.

Bisher sind nur die Fälle des Zurücktretens mehrerer vorstehenden Hypotheken hinter eine nachstehende besprochen worden.

Die umgekehrten Fälle des Rücktritts einer vorstehenden Hypothek hinter mehrere nachstehende bedürfen nur einer kürzeren Erörterung.

1) Der erste, von Wege behandelte Fall, wenn eine vorstehende Hypothek gleichzeitig hinter mehrere nachstehende zurücktritt, wurde bereits oben unter I, 1 besprochen. Dort war nur davon die Rede, daß die Vorrechtseinräumung in einer Urkunde ausgesprochen ist. Das Gleiche wird gelten müssen, wenn die in verschiedenen Urkunden enthaltenen Vorrechtseinräumungen gleichzeitig dem Grundbuchamt zur Eintragung eingereicht werden; denn die Eintragung ist zur dinglichen Wirksamkeit der Rangänderung erforderlich, und bei gleichzeitiger Einreichung der Erklärungen liegt eine gleichzeitige Erklärung zu Gunsten der vortretenden Gläubiger gegenüber dem Grundbuchamt vor, die ebenso auszulegen ist, als wenn sie der zurücktretende in derselben Urkunde abgegeben hätte.

2) Auch der zweite von Wege (S. 56/57) behandelte Fall, wenn der vorstehende Gläubiger A zunächst dem C und erst später nach Eintragung dieser Rangänderung auch dem D den Vorrang einräumt, ist richtig entschieden; das Rangverhältnis ist dann

zu I C, dann D, dann A,
„ II B,
„ III C, dann D, dann A,
„ IV D, dann A.

Hier greift allerdings der Satz, „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“ insofern ein, als A durch die zweite Vorrechtseinräumung an D diesem nicht Vorrechte einräumen kann, die er dem C bereits übertragen hat. Denn hier handelt es sich wirklich um eine Rechtsübertragung des A an C, wie oben unter 1 ausgeführt ist.

3) In dem 3. Falle, wenn nämlich A dem an letzter

Stelle stehenden Gläubiger D zuerst das Vorrecht eingeräumt hat und erst nach Eintragung dieser Vorrechtseinräumuug dem vor dem D stehenden Gläubiger C das Vorrecht einräumt, soll die Reihenfolge sein:

bei I D, dann C, dann A,
„ II B,
„ III C, dann A,
„ IV D, dann C, dann A.

An I. und IV. Stelle soll zuerst D und dann erst C rangieren, C ist hinter D getreten, obwohl er in der Hauptspalte vor ihm steht.

Bei der vorstehenden Formel ist es nun zunächst nicht klar, weshalb bei IV noch einmal C hinter D aufgeführt ist. Entweder kommt C schon an erster Stelle zur vollen Befriedigung, wenn nämlich die Hypothek des A mindestens so groß ist als die Hypotheken des C und des D zusammen, und der Erlös in der Zwangsversteigerung mindestens so groß ist wie die Hypothek des A. Kommt C aber an I. Stelle nicht zur Befriedigung oder nicht zur vollen Befriedigung, so erhält er den gesamten übrigen Erlös bis zur Deckung seiner Hypothek an III. Stelle. Reicht der für die Stelle III verbleibende Teil des Erlöses zur Deckung der Hypothek des C aus, dann kommt C überhaupt nicht weiter in Betracht, und den Rest des Erlöses erhält D, sofern er nicht schon an I. Stelle volle Befriedigung erhalten hat, und den danach noch verbleibenden Rest erhält A. Reicht aber der an Stelle III verbleibende Teil des Erlöses zur Deckung der Hypothek des C nicht aus, dann kann D nicht weiter in Frage kommen, für ihn ist dann keine Masse mehr da. Der Fall, daß C an IV. Stelle hinter D rangiert, kann hiernach meines Erachtens nicht praktisch werden. Aber auch theoretisch ist die Entscheidung unrichtig. C hatte nach der ursprünglichen Rangfolge nur die

Befriedigung des A und des B vor sich zu dulden. Durch die Vorrechtseinräumung des A zu Gunsten des D wurde er gar nicht berührt, er braucht auch nunmehr an I. Stelle nicht mehr vor sich zu dulden als den Betrag der Hypothek des A, der jetzt bei Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses dem D in Höhe seiner Hypothek zufällt, in Höhe des Ueberschusses über die Hypothek des D aber natürlich dem A verbleibt. Durch die nunmehr folgende Vorrechtseinräumung des A zu Gunsten des C wird an diesem Rechtsverhältnisse nichts weiter geändert, als daß A das Recht verliert, vor der Befriedigung des C aus dem Zwangsversteigerungserlöse aus diesem irgend etwas zu beziehen. Im Verhältnisse zwischen C und D wird durch die zweite Vorrechtseinräumung nichts geändert. Wege sagt, das von ihm gefundene Ergebnis, daß nämlich C an I. und IV. Stelle hinter D getreten sei, werde vom Kammergericht in der Entscheidung OLG. 1, 305 und von Güthe, S. 835, ausdrücklich gebilligt. Dies ist jedoch nur für die Stelle I richtig, nicht für die Stelle IV. Das Kammergericht sagt:

„Anders verhält es sich, wenn zunächst einer Post der Vorrang eingeräumt ist, und dann erst für eine zweite der Vorrang eingetragen werden soll. In diesem Falle vermag die letztere die eingeräumte Stelle erst nach der ersteren geltend zu machen, da der Gläubiger der zurücktretenden Post bereits durch die erste Vorrangseinräumung beschränkt ist und nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat."

Wege scheint die hier gesperrt gedruckten Worte nicht genügend beachtet zu haben. Nur an der dem C durch die zweite Vorrechtseinräumung von A eingeräumten Stelle muß C dem D nachgehen, weil A über diese Stelle schon durch die erste Vorrechtseinräumung zu Gunsten des D verfügt hatte. Daß das Kammergericht unter dieser Stelle aber nur die Stelle I in unserem Beispiel versteht, ergibt sich aus den unmittelbar

vorausgehenden Sätzen. Denn in diesen Sätzen ist gesagt: „Wenn das Rangverhältnis derart bestimmt ist, daß eine Post hinter mehrere Posten zurücktreten soll, so erhalten diese mehreren Posten den Rang der zurücktretenden Post, in Höhe derselben werden sie bei der Zwangsversteigerung aus den Kaufgeldern befriedigt. Es wird so angesehen, als seien sie unter der Nummer der zurücktretenden Post eingetragen. Daraus ergibt sich aber von selbst, daß zwischen ihnen ein Rangverhältnis nicht obwalten kann, sie vielmehr bei Unzulänglichkeit des auf die Stelle entfallenden Erlöses anteilsmäßig zu befriedigen, also gleichberechtigt sind.“ Unter der eingeräumten Stelle versteht also das Kammergericht die Stelle, an der die zurücktretende Post eingetragen ist. Güthe GBO. S. 835 sagt:

„Ist beiden Hypotheken der Vorrang gleichzeitig eingeräumt, so stehen sie zu gleichen Rechten, anderenfalls entscheidet für ihre Berechtigung gegenüber der zurücktretenden Post die Zeitfolge der Vorrangseinräumung (KG. a. a. O., LG. Dresden ZBlFG. 1, 264, das im Zweifel aber Beibehaltung der bisher zwischen den beiden Hypotheken vorhanden gewesenen Rangverschiedenheit annimmt).“

Güthe spricht also im ersten Halbsatze von dem Rangverhältnis der beiden vortretenden Hypotheken untereinander im Falle gleichzeitiger Vorrechtseinräumung und räumt beiden den gleichen Rang ein. Das betrifft nicht unseren Fall, sondern den Fall unter II, 1 oben, für den auch Wege (S. 55) annimmt, daß C und D nur an der Stelle I zu gleichen Rechten stehen, im übrigen aber ihr bisheriges Rangverhältnis behalten. In dem zweiten Halbsatze spricht Güthe aber für den Fall nicht gleichzeitiger Einräumung des Vorrechts nur von dem Rangverhältnis der vortretenden Posten gegenüber der zurücktretenden Post, nicht von dem Verhältnisse der vortretenden

Posten untereinander. Wenn dann Güthe in dem Eingeklammerten die Annahme des Landgerichts Dresden mit dem Worte „aber" als von dem Vorhergesagten teilweise abweichend hinstellt, so ist das nicht verständlich; denn das LG. Dresden behandelt in der angeführten Entscheidung gar nicht den von Güthe besprochenen und hier erörterten Fall, sondern den Fall des Zurücktretens mehrerer vorgehender Rechte hinter ein nachstehendes, und steht bei der Entscheidung dieses Falles auf dem hier vertretenen Standpunkt.

Das Ergebnis zu diesem Falle ist also:

Räumt ein vorstehender Gläubiger mehreren nachstehenden nacheinander und zwar in einer der Rangfolge der nachstehenden Gläubiger umgekehrten Zeitfolge den Vorrang ein, so rangieren die vortretenden Gläubiger zwar an der Stelle, an der der Zurücktretende eingetragen ist, in der Reihenfolge der Vorrechtseinräumungen, im übrigen aber rangieren sie nach ihrer ursprünglichen Rangfolge.

Verzeichnis

der in Bd. LI angezogenen Belegstellen.

A. Altrömisches Recht.

B. Gemeines Recht.

C. Gesetze und Verordnungen des Deutschen Reichs.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3302



